



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

FAMÍLIA HOMOAFETIVA SERGIPANA: O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE
E O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA

São Cristóvão/SE,
Fevereiro/2018

VALQUIRIA NATHALI CAVALCANTE FALCÃO

**FAMÍLIA HOMOAFETIVA SERGIPANA: O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE
E O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA**

Dissertação de mestrado para exame de qualificação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Sergipe, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Constitucionalização de Direitos

Linha de Pesquisa: Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais

Candidato: Valquiria Nathali Cavalcante Falcão

Orientador: Prof. Dr. Clóvis Marinho de Barros Falcão

São Cristóvão/SE

FAMÍLIA HOMOAFETIVA SERGIPANA: O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE E O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA

Dissertação de mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Sergipe, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Proposta aprovada em _____ de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora

Professor Doutor Clóvis Marinho de Barros Falcão – UFS
Presidente/Orientador

Professor Doutor Lucas Gonçalves da Silva – UFS
Examinador Interno

Professora Doutora Clara Cardoso Machado Jaborandy – UNIT
Examinadora Externa

Coordenadora do PRODIR:

Professora Doutora Karyna Batista Sposato

São Cristóvão, Fevereiro de 2018.

Aos meus pais, Neilton e Valquiria,
à minha irmã Raissa e ao novo irmão Felipe,
“meus amores, minha família”.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus e aos bons espíritos que me guiaram toda essa caminhada, me iluminando, me dando paciência, força e coragem para seguir sempre em frente.

Não poderia deixar de agradecer à minha família, por todo o cuidado, apoio e sobretudo, paciência nos meus dias mais difíceis não sei o que seria de mim sem vocês (principalmente a minha mãe).

À CAPES pelo apoio e financiamento de minha pesquisa.

Agradeço também ao meu orientador, o Professor Doutor Clóvis Marinho de Barros Falcão, por toda a paciência que me fora dedicada, além claro de todo o conhecimento ímpar.

Ao meu Co-Orientador, Professor Doutor Lucas Gonçalves da Silva, por ter intercedido ao meu favor tantas vezes, meus sinceros agradecimentos.

Às duas queridas “Claras” Clara Angélica e Clara Machado, por terem aceitado meu pedido em participarem de minha banca, por poderem me ajudar com suas experiências, e sobretudo pelo carinho com que sempre me trataram.

À minha tão querida Renatinha, por todo o cuidado, carinho e ânimo diários, sem você os meus dias de bolsistas seriam chatos e entediantes.

À todos os colegas bolsistas, em especial à Thayse, sempre tão prestativa, carinhosa e sobretudo, inteligente, obrigada pela revisão, obrigada pelo cuidado e por toda a ajuda, sem você, meu texto estaria incompleto.

Às minhas amadas amigas Carolina e Paula, parceiras de todas as horas, que sempre me deram força para continuar, sempre estiveram comigo pessoalmente ou por telefone, que sempre se preocuparam, entenderam minhas ausências e acalentaram meu choro, obrigada, obrigada, obrigada, amo vocês.

Ao meu Adri, que embora já tenha chegado no final da caminhada, tanto me ajudou, me reconfortou, disse que eu ia conseguir, repetiu tantas vezes “você é inteligente amor”, me trouxe alegria em tantos momentos de agonia, obrigada neguinho.

Aos meus tão queridos e amados amigos do “Sítio”, nossa, quantos agradecimentos eu dedico a vocês, tenho certeza que essa jornada acadêmica teria sido muito mais dura sem vocês ao meu lado. Nunca pensei que construiria amizades fortes e verdadeiras na vida acadêmica, quero leva-los para sempre em minha vida. Um por um, tenho que agradecer; ao amigo Hermano, com sua sobriedade e carinho, ao queiro Henrique, por sua paciência, as longas e carinhosas conversas, ao café e a tapioca, José Lucas, por seu sorriso sempre aberto, seus abraços sempre apertados e cheios

de alento, por nossos papos “espirituais”, sua casa, seus cafés, seu carinho, por ser um anjo sempre.

Mas em especial quero agradecer a duas pessoas, Mille, Emília, Emille, minha querida e tão amada amiga, um simples obrigada não é suficiente para agradecer o seu carinho, sua amizade, seu respeito, sua dedicação, sua ajuda. Obrigada por estar comigo dentro e fora da universidade, obrigada por ser sido tão maravilhosa o tempo inteiro, amo você.

E claro, Vinícius. Tudo seria tão difícil se você não estivesse ao meu lado, obrigada porque contigo compartilhei alegrias e tristezas acadêmicas ou não, obrigada por segurar o “meu forninho” tantas vezes, por sempre estar disposto a me ajudar, por sempre me ouvir (ou ler) e ser respeitoso e carinhoso (do seu jeito). Repito, tudo seria mais difícil sem você ao meu lado! Obrigada kwe.

A todos, que contribuíram de alguma maneira na minha formação acadêmica, obrigada.

“Consideramos justa, toda forma de amor”

Lulu Santos

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise da jurisprudência formada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe no que concerne às decisões cíveis homoafetivas dentro do âmbito familiar, entre os anos de 2005 a 2015, buscando traçar um perfil do judiciário local no que se refere as fundamentações das decisões prolatadas em sede de segundo grau de jurisdição. Como ponto de partida será feito um estudo preliminar sobre a teoria do Estado e como o judiciário ganhou força no pós-liberalismo, o que veio a estabelecer-se com o assentamento dos Estados Constitucionais, estando o Brasil incluído neste seio. Posteriormente, acerca da estabilização da força do poder judiciário, serão analisados os conceitos e teorias sobre judicialização da política e ativismo judicial e de que forma os referidos fenômenos contribuíram para a formatação de um novo direito das famílias brasileiras, em especial aquelas formadas por pessoas do mesmo sexo. Ao final, a pesquisa apresentará se o judiciário sergipano, na fundamentação de suas decisões de reconhecimento dos direitos dessa nova formação familiar, vem sendo um tribunal voltado a uma concepção ativista ou não.

Palavras-Chave: Jurisprudência; Judicialização; Ativismo; Famílias Homoafetivas.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the jurisprudence formed by the Court of Justice of the State of Sergipe regarding civil homoffective judgments within the family between 2005 and 2015, seeking to draw a profile of the local judiciary in refers to the grounds of decisions rendered in the second degree of jurisdiction. As a starting point will be made a preliminary study on the theory of the State and how the judiciary gained strength in post-liberalism, which came to settle with the establishment of Constitutional States, with Brazil included in this. Subsequently, on the stabilization of the judiciary power, the concepts and theories on judicialization of judicial politics and activism will be analyzed, and how the aforementioned phenomena have contributed to the formation of a new right of Brazilian families, especially those formed by same sex. In the end, the research will present whether the Sergipe judiciary, in the grounds of its decisions to recognize the rights of this new family formation, has been activist or not.

Keywords: Jurisprudence; judicialization; Activism; Homoffective Families.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental
CGJ	Corregedoria Geral de Justiça
DPVAT	Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LGBTI	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais
PDR's	Parcerias Domésticas Registradas
PL	Projeto de Lei
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ-SE	Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. A NOVA FORÇA DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO PÓS-LIBERAL	19
1.1 ESTABILIZAÇÃO DA FORÇA DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR DO SÉCULO XX	19
1.2 O ESTADO CONSTITUCIONAL E A TRIPARTIÇÃO DE PODERES	26
1.3 NOVO PAPEL DA JURISDIÇÃO (CONSTITUCIONAL) E DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	34
1.4 O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E A CONCESSÃO DE PODERES AO JUDICIÁRIO	42
2. FAMÍLIA HOMOAFETIVA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: O PODER JUDICIÁRIO E SEU CARÁTER POLÍTICO ALTERNATIVO.....	49
2.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O NOVO DIREITO DAS FAMÍLIAS BRASILEIRAS.....	49
2.2 ATIVISMO JUDICIAL E A BUSCA DOS CASAIS HOMOAFETIVOS POR SEUS DIREITOS COMO FAMÍLIA.....	58
2.2.1 No Brasil, a busca pelo direito ao afeto	60
2.2.2 O reconhecimento judicial da união homoafetiva: uma questão sobre ativismo	63
2.3 O JUDICIÁRIO RECRIANDO O DIREITO: UMA RESPOSTA JURÍDICA À UMA INÉRCIA LEGISLATIVA.....	69
3. HOMOAFETIVIDADE E DIREITO DE FAMÍLIA EM SERGIPE: CASOS NA 2ª INSTÂNCIA.....	77
3.1 AS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS E O JUDICIÁRIO SERGIPANO.....	78
3.2 O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE DIANTE DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS: ATIVISTA OU ORIGINALISTA?	85

CONCLUSÕES	93
REFERÊNCIAS	97
ANEXOS	106

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**

F178f Falcão, Valquiria Nathali Cavalcante
Família homoafetiva sergipana : o Tribunal de Justiça de
Sergipe e o novo conceito de família / Valquiria Nathali Cavalcante
Falcão ; orientador Clóvis Marinho de Barros Filho. – São
Cristóvão, 2018.
106 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de
Sergipe, 2018.

1. Direitos fundamentais. 2. Jurisprudência. 3. Família -
Jurisprudência. 4. Casamento entre homossexuais – Sergipe. I.
Barros Filho, Clóvis Marinho de, orient. II. Título.

CDU 342.7:347.62-055.34(813.7)

INTRODUÇÃO

Uma das temáticas que mais tem se apresentado no ambiente jurídico atual é o ativismo judicial, seja como forma supletiva de preenchimento dos vazios legislativos e/ou políticos, seja no sentido de uma atuação ilegítima das cortes. Em qualquer deles, porém, relacionando-se a situações cuja tutela jurídica se pleiteia, sem que para tanto haja uma normatização positiva suficiente.

A forma de Estado que se apresentou após o estado liberal, imprimiu uma necessidade de regulação baseada no estabelecimento normativo sob a forma de constituições, tendo a lei constitucional assumido um papel fundamental na garantia de direitos individuais, visando refletir a vontade do povo e não mais somente a do Estado.¹

Em divergência ao Estado Constitucional que se formou depois, o Estado Liberal trazia uma confiabilidade restrita às leis, segundo o qual a supremacia do poder legiferante é que vigorava, cabendo ao judiciário tão somente o papel interpretativo lógico dos dizeres legais, situação esta que somente irá mudar com a implementação de mudanças sociais e o estabelecimento de um novo tipo de Constituição, que deixava de ser somente mais uma lei, para se tornar a diretriz jurídica e política de um Estado.

O novo formato vindouro de Estado, denominado de “Estado Social”, embora tenha apresentado seus primeiros traços já a partir da segunda metade do século XIX, teve expansão somente no pós-segunda guerra mundial, passando o novo Estado a se preocupar com os interesses e defesa dos direitos materiais dos seus cidadãos sob o prisma da igualdade de direitos.

É durante esta fase política-estatal que “[...] o cidadão passa a ser o centro do interesse jurídico, político, social e econômico do Estado Social, isso refletirá na atuação jurisdicional.”², pois o Judiciário deixa para trás seu antigo papel de mero reproduzidor gramatical das normas (Constitucionais inclusive) e passa a ser intérprete,

¹ LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais poderes.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 32.

² MOTA, Maurício. Paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito: pós-positivismo e judicialização da política. In: MOTA, Maurício, Luiz Eduardo (Orgs). **O Estado Democrático de Direito em Questão: Teorias Críticas da Judicialização da Política.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.33.

atuando posteriormente (no Estado Democrático de Direito) como guardião dos preceitos da Constituição em defesa dos direitos e garantias formais e materiais dos indivíduos.

Porém, foi com o estabelecimento do Estado democrático de direito que surgiu e firmou-se o denominado “Constitucionalismo Democrático”, segundo o qual, através da Constituição, buscou-se garantir um governo da maioria, sem para tanto oprimir as minorias existentes dentro do Estado, servindo a norma constitucional como ponto de equilíbrio entre a ordem jurídica e política que se apresentava.

Diante do novo cenário democrático-constitucional, o Poder Judiciário, através de seus Tribunais Constitucionais passou a figurar como concretizador e balizador de direitos, o que foi intensificado com o Controle de Constitucionalidade que veio estabelecer uma nova força contemporânea e pulsante, a jurisdicional.

Essa robustez que se configurou principalmente sob a forma do controle de constitucionalidade que as cortes superiores jurisdicionais passaram a exercer, foi efetivada pela primeira vez em 1803, na Suprema Corte Norte Americana, no emblemático caso *Marbury vs. Madison*.

A partir de então, o constitucionalismo (já presente no século XIX e expandido no século XX) passou a ser um limitador do poder político dos Estados, através da força normativa das constituições. Entretanto, a referida energia normativa, trouxe para o judiciário, em especial para os tribunais constitucionais, a responsabilidade sobre a resolução de diversas questões e não somente daquelas voltadas à constitucionalidade de atos, recebendo demandas de competência resolutiva dos demais poderes estatais, que não atenderam (ainda que em determinado momento) aos anseios sociais inerentes a questão discutida. Desta forma, à medida que o legislativo e o executivo se abstiveram de tratar alguma demanda social que lhe era apresentada, a mesma passou a ser judicializada, recebendo o poder jurisdicional uma atribuição supletiva/residual às ausências do demais poderes estatais, contribuindo, por conseguinte, com o poderio judicial emergente.

Este fenômeno de suplementação judicial passou a ser denominado “judicialização da política”, o qual “[...] *face à inércia dos demais Poderes, abriu espaço para a jurisdição, que veio a suprimir as lacunas deixadas pelos demais braços do Estado*”³ e esta concepção pode conduzir à do ativismo judicial, que concorre para

³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.32.

uma certa “apropriação” pelo judiciário de competências extraordinárias (que não são suas) em razão da ausência dos demais poderes em demandas cuja tutela se requer.

É acerca dessa concepção suplementar do ativismo que a presente pesquisa trata, tendo em vista que analisará se a fundamentação das decisões cíveis homoafetivas dentro do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe possui ou não um caráter ativista supletivo à ausência dos demais poderes políticos, tomando por base (comparativamente) a fundamentação jurídica da primeira decisão brasileira que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADPF nº 4.277/2011-DF).

O interesse pelo desenvolvimento da pesquisa surgiu inicialmente do desejo de analisar os fundamentos jurídicos que permearam o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/2011-RJ, que posteriormente foi recebida parcialmente como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/2011-DF, proposta pelo governo do Estado do Rio de Janeiro em razão da falta de regulamentação legal infraconstitucional relativa à possibilidade de recebimento de benefícios previdenciários pelo companheiro (a) supérstite de relação homoafetiva.

A inquietação acerca do assunto também se deu com o fito de ter ciência da forma como a referida decisão estaria sendo considerada e aplicada nos tribunais inferiores dos estados brasileiros e se os mesmos estariam corroborando com a tese jurídica da relatoria do Supremo Tribunal Federal, ou, se estariam utilizando-se do embasamento dos ministros, que embora tenham acompanhado o voto do relator, o fizeram com fundamentação jurídica divergente.

Investigar todos estes fatores no âmbito nacional apresentou-se como primeiro grande impasse, tendo em vista a quantidade de tribunais estaduais existentes, seria um trabalho quiçá impossível dentro do limite temporal em que deve ser concluída esta pesquisa.

Além da ausência de tempo suficiente para pesquisar em todos os tribunais de justiça do país, um segundo empecilho apresentado seria o acesso aos referidos tribunais, o que levou a presente pesquisa a diminuir seu campo de análise para os juízos de segundo grau nordestinos, o que também traria alguma dificuldade material e temporal para sua conclusão, que por fim, ateve-se à analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que além de ser o tribunal local, à época do julgamento da ADI nº 4.277/2011 apresentava a característica de ser o tribunal de

justiça brasileiro com os maiores e melhores resultados em termos de efetividade e provimento às tutelas jurisdicionais que lhes estavam apresentadas⁴.

Tendo em vista as premissas consideradas, a presente pesquisa investiga a fundamentação utilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, entre os anos de 2005 e 2015, nas decisões relativas ao reconhecimento de direitos de casais homoafetivos. Desejamos, com isso, identificar os elementos legalistas e ativistas dessas decisões, e se algum desses tipos prevalece.

A hipótese da pesquisa é que o Tribunal de Justiça Sergipano não possui um caráter criativo/ativista face ao reconhecimento dos direitos civis provenientes das uniões estáveis homoafetivas e que este reconhecimento, em que pese esteja ocorrendo, não é feito sob um caráter ativista judicial, mas sim, dentro de um contexto principiológico e positivista supostamente previsto pelo poder constituinte originário.

O percurso da pesquisa, portanto, se inicia com a observação de uma decisão particular (no nosso caso, a ADI 4277/2011-DF) e sua influência na formação de uma jurisprudência geral a ser aplicada pelos tribunais de justiça brasileiros, fazendo parte desse universo geral de decisões o entendimento jurisprudencial sergipano, na figura do seu tribunal de justiça.

O primeiro objetivo específico será analisar a ADI nº 4.277/2011-DF, fazendo um levantamento dos principais argumentos jurídicos e legais trazidos nos votos de cada ministro do STF e se esta decisão, em razão de seus argumentos, apresenta um entendimento voltado ao ativismo judicial ou ao positivismo.

O segundo objetivo específico da pesquisa é verificar a fundamentação jurídica dada pelo Tribunal de Justiça Sergipano às decisões cíveis que envolvem famílias homoafetivas, entre 2005 e 2015, e se nesse conjunto de decisões o tribunal estadual apresenta traços de ativismo judicial ou de legalismo (no qual incluímos possíveis referências ao originalismo constitucional).

O terceiro objetivo específico é identificar semelhanças e diferenças entre os universos analisados em cada um dos objetivos anteriores, além de definir como vem

⁴ Em 2011 o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe apresentou ao Conselho Nacional de Justiça o primeiro lugar no ranking de cumprimento da Meta 3 do conselho apresentando 118,89 % de julgamentos concluídos (cujo objetivo é julgar número maior processos em detrimento dos que são distribuídos). REDAÇÃO, Portal A8. **Tribunal de Justiça de Sergipe é o Primeiro em Julgamento de Processos**. Portal de Notícias TV Atalaia, Aracaju, 09 Dez. 2011. Disponível em: <<https://a8se.com/sergipe/noticia/2011/12/21492-tribunal-de-justica-de-sergipe-e-primeiro-do-pais-em-julgamento-de-processos.html>>. Acesso em: 30 Ago. 2017

sendo reconhecidos os direitos das famílias homoafetivas no judiciário sergipano, identificando a forma que o tribunal local tem se utilizado para concretização da igualdade deste grupo em relação às famílias heteroafetivas.

O método de pesquisa adotado foi o qualitativo, com o objetivo principal de proporcionar uma análise mais profunda de processos ou relações sociais, promovendo uma maior quantidade de informações que permita ver seu objeto de estudo em sua complexidade, em suas múltiplas características e relações.⁵

A pesquisa se desenvolverá sob a análise de jurisprudência e dos argumentos normativos trazidos nas decisões do Tribunal de Justiça Sergipano, tendo sido realizada em três recortes para a delimitação do tema, o primeiro deles foi o institucional, tendo em vista a opção por analisar as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. O segundo recorte foi o temático, vez que a pesquisa se desenvolverá em relação tão somente às decisões cíveis que envolvem relacionamentos homoafetivos. O terceiro e último foi o temporal, tendo em vista que a análise do problema se dará tomando como parâmetro as decisões do tribunal durante os anos de 2005 a 2015.

A presente dissertação se apresentará em três capítulos, o primeiro deles tratará sobre a teoria do Estado e o surgimento de uma nova força atribuída ao poder judiciário após o período do estado liberal, que se firmou sob a roupagem de um estado constitucional e se fortaleceu em detrimento da tripartição de poderes. No referido capítulo, será tratado, ainda, a respeito do novo papel da jurisdição constitucional e o sistema constitucional brasileiro na concessão de poderes dados ao judiciário.

O segundo capítulo ocupar-se-á do fenômeno do ativismo judicial dentro do conceito de judicialização da política, aplicados dentro do contexto das novas famílias brasileiras, em especial, aquelas formadas por pessoas do mesmo sexo. O capítulo demonstrará ainda conceitos do que seria “homoafetividade”, bem como as principais defesas e críticas a respeito deste tema sob a vertente ativista, além de trazer de que forma os referidos fenômenos ajudaram na nova conceituação e reconhecimento deste tipo de família e como a ausência legislativa contribuiu para uma atuação mais

⁵ IGREJA, Rebeca Ramos. O Direito como objeto de estudo empírico. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Jurídicos em Direito, 2017. p. 14.

incisiva do judiciário, suficiente a dar uma resposta social aos pleitos envolvendo famílias homoafetivas, na busca pela concretização dos direitos fundamentais trazidos na Carta Constitucional de 1988.

O terceiro capítulo dedicar-se-á narrar a respeito da homoafetividade em conjunto com o direito de família dentro do Estado de Sergipe, nele será demonstrado quais as primeiras decisões sergipanas que reconheceram a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo, trazendo dados estatísticos acerca da ocorrência desses enlaces. Será feita também uma análise comparativa dos julgamentos em sede de segundo grau de jurisdição com a decisão paradigmática do STF a respeito do tema, visando identificar os principais argumentos trazidos em ambos os casos. Neste capítulo se buscará traçar um perfil do tribunal sergipano, analisando seus julgados no sentido de verificar se a fundamentação das decisões que envolvem direitos civis relativos a famílias homoafetivas possuem um caráter inovador e criativo que possa vir a transparecer um perfil ativista, ou se os julgados demonstram uma reprodução dos fundamentos principiológicos e positivistas apresentados na decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal que tratou do reconhecimento das uniões familiares entre pessoas do mesmo sexo.

1. A NOVA FORÇA DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO PÓS-LIBERAL

1.1A ESTABILIZAÇÃO DA FORÇA DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR DO SÉCULO XX

Falar acerca da conformação da força atual do poder judiciário pede necessariamente narrar a respeito da estabilização do estado democrático de direito e da jurisdição constitucional. Sucede a importância de mencionar, ainda que brevemente, o caminho trilhado para se chegar a concepção, nascimento, crescimento da conceituação de Estado democrático e os motivos pelos quais este vem sendo mantenedor da hodierna potência jurisdicional que tem se verificado nas sociedades.

Não convém, na presente narrativa, descrever todo o contexto histórico, perpassado desde o absolutismo até a formação e confirmação do estado democrático de direito. O que é válido destacar é tão somente como a estabilização desta forma de Estado veio a contribuir com a autoafirmação do judiciário, a partir especificamente do século XX.

Durante o século XIX o Estado de Direito se formava como balizador e limitador do poder estatal, que anteriormente apresentava uma concentração unitária de supremacia política; cabendo àquele submeter-se aos ditames da lei, que por sua vez regulava a atuação do Estado com os indivíduos. A respeito deste entendimento, Lênio Luiz Streck⁶ fala que “*A ideia de Estado de Direito carrega em si a prescrição da supremacia da lei sobre a autoridade pública.*”, ou seja, durante a formação do Estado de Direito, antes da sua conformação como democrático, o mais importante era o estabelecimento do poderio estatal dentro do que fosse regido pela lei, ou seja, esta subsidiava aquele.

A consolidação do Estado de Direito teve como característica principal a limitação dos poderes estatais em face dos direitos individuais. Ideia essa propalada em razão das necessidades não-intervencionistas do estado burguês. A redução da força estatal passou a ser necessária após uma avalanche de abusos advindos do exercício do poder concentrado nas mãos da antiga política absolutista, que propiciava aos governantes, sob o manto de uma autoridade proveniente da

⁶ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 92

divindade, adentrarem na esfera individual dos sujeitos que lhes eram subordinados, interferindo desde a economia até a crença religiosa que deveria se professada pelos súditos.

O contrato social previsto dentro de uma concepção Hobbesiana, passou a apresentar-se com uma nova roupagem trazida por John Locke⁷, vigorando a partir de então, um pacto de vontades individuais em favor do respeito mútuo, da propriedade, da liberdade e da igualdade, sob os quais não caberia ao Estado interferir e que uma vez respeitados daria aos indivíduos a possibilidade de se autogovernarem, surgindo a partir deste momento a estruturação do Estado Liberal.

O Estado Liberal surgiu da polaridade entre a restritiva dominação político-econômica totalitária absolutista e a necessidade de liberação dos indivíduos das imposições estatais desenfreadas, porque, o intervencionismo estatal estratificava a economia e não permitia avanços sociais concretos, sem que para tanto houvesse autorização político-estatal.

Dentro da perspectiva liberal, o Estado de Direito se sustentava no império da lei, sendo o poder legislativo visto como espelho da vontade e soberania do povo e direcionador dos limites do Estado. Durante a fase do liberalismo, primeira forma de estado que se instaurou no pós-absolutismo, o Estado possuía um caráter legalista que adveio do *Rechtsstaat* alemão⁸, contudo, foi com a contextualização entre as situações apresentadas pela sociedade e os vínculos estatais internos (legalismo da atuação estatal), que se criou uma medida razoável para uma atuação positiva do Estado, sem avançar na esfera individual dos cidadãos.

O jurista alemão Reinhold Zippelius⁹ expõe que a liberdade individual liberalista se apresentou como uma alternativa ao intervencionismo estagnador e totalitário. No entanto, à medida que esta liberdade apresentava um leque de possibilidades de atuação individual com o mínimo de regulação por parte do Estado, caiu-se no liberalismo desenfreado, gerador de violação de direitos fundamentais (e pessoais) dos indivíduos detentores de menor poderio econômico, surgindo a necessidade de uma intervenção estatal (ainda que mínima) para barrar os avanços desregulados pela liberdade liberal.

⁷ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: IBRASA, 1963.

⁸ Nome dado ao Estado de Direito que surgiu na Alemanha na segunda metade do século XIX.

⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

O modelo de Estado não intervencionista, baseado no formalismo das leis escritas supriu as necessidades da sociedade pós- revolução industrial, porém no final do século XIX a concentração de poder e individualismo da burguesia incitou o desejo de proteção dos indivíduos, principalmente da classe trabalhadora, que passou a querer uma “justiça social”¹⁰, refletindo na conformação do Estado Social (Welfare State).

A partir do século XX é que o Estado de Direito vai apresentar um novo papel frente a seus tutelados, passando a resguardar tanto direitos fundamentais e liberdades individuais, como a democracia. O antigo modelo de estado-liberal é derrubado pelas necessidades pungentes da sociedade pós-revolução industrial do século XX, principalmente diante das desigualdades que se apresentavam geradas pelo antigo Estado, apresentando-se então uma nova formação estatal, onde a Constituição passa a ser “[...] *organizadora da formação política de vontade e de exercício do poder, converte-se em plano de ação política para esse poder e na positivação jurídica dos valores fundamentais da ordem da vida em comum.*”¹¹

O Estado Social de Direito, por sua vez, vai projetar os interesses de uma sociedade que desejava ser vista, essa necessidade dará esteio ao novo Estado que se apresentava como concretizador de uma vida social digna, que mesmo ainda estando fundamentado na legalidade, será exposto de forma direcionada a satisfazer os interesses de todos os indivíduos através de atuações diretas e direcionadas pelo poder público.

Expor sobre a força do judiciário sem mencionar o caminho pelo qual foram plantadas as sementes que desabrocharam em seu poderio atual, ou deixar de mencionar sobre a formação e conseqüentemente deformação de cada fase do Estado de Direito, talvez deixasse carente a presente narrativa, no que concerne ao surgimento do Estado Democrático de Direito, cujo estabelecimento deu força ao crescimento do poderio jurisdicional.

¹⁰ As autoras Tássia Aparecida Gervasoni e Mônia Clarissa Henning Leal, em seu livro, “Judicialização da Política e Ativismo Judicial na Perspectiva do STF” (2013, p. 24), narram que “[...] já no final do século XIX, um novo fator foi injetado na filosofia liberal: era a justiça social, vista como a necessidade de apoiar os indivíduos quando sua autoconfiança e iniciativa não podiam mais dar-lhes proteção, ou quando o mercado não mostrava a flexibilidade e a sensibilidade essenciais ao atendimento de condições básicas à sobrevivência e desenvolvimento

¹¹ LEAL, Mônia Clarissa Henning; GERVASONI, Tássia Aparecida. **Judicialização da Política e Ativismo Judicial da Perspectiva do STF**. Curitiba: Multideia, 2013. p. 26 apud LEAL Mônia Clarissa Henning. Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática- Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 40-41

As mudanças ocorridas em cada fase do Estado de Direito, até chegar à sua forma de Estado democrático, devem-se ao advento de novas perspectivas e anseios sociais, repercutindo, em um deslocamento de poderes, cujo foco sai do legislativo, cuja atuação se limitava a impedir (através das leis criadas) o intervencionismo estatal na vida dos indivíduos (Estado Liberal de Direito), passando para o executivo, sob a conformação de um Estado Social de Direito, que passará a ser direcionado pelos princípios da liberdade e igualdade postos dentro de uma lei maior, a Constituição.

Os comandos legais passam a ser normatizados dentro de princípios efetivadores da igualdade e liberdade, respeitando direitos e garantias fundamentais à dignidade humana, dando um caráter democrático ao novo Estado que foi constituído em direção à representação do povo. Dentro desta nova estrutura estatal as constituições irão se apresentar como a lei maior que vincula todos os poderes do Estado, como o legislador, agora submetido ao crivo da norma constitucional, sendo a Constituição o “[...] *ápice de uma pirâmide escalonada, fundamentando a legislação que, enquanto tal, é aceita como poder legítimo.*”¹².

O Estado Democrático de Direito vai incorporar preceitos do Estado Liberal e do Social, conjugando-os à ideia de igualdade entre os indivíduos, que deverão ter seus direitos de cidadãos garantidos e assegurados de forma a espelharem uma vida digna. Porém, a principal diferença deste “novo” Estado de Direito reside no seu estabelecimento sobre a base de uma Constituição, lei maior que resguardará todos os direitos e garantias outrora não legitimamente resguardados.

É justamente sob o manto de superioridade da norma constitucional que o Poder Judiciário irá tomar força, vez que todos os atos e poderes estatais deverão estar submetidos a um controle de constitucionalidade, cuja revisão deverá ser feita por um órgão jurisdicional, ou mais especificamente, um tribunal constitucional.

Acerca deste processo de revisão judicial, antes mesmo da consolidação do Estado Democrático de Direito nos moldes visualizados no século XX, os Estados Unidos da América, ainda no século XIX (em 1803), consolidaram pela primeira vez, em sede de controle das decisões políticas do Congresso Nacional e do Presidente, posto que antes já havia controle de constitucionalidade de leis locais, o “*judicial*

¹² STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e teoria do estado**. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010. p. 100

review”, no famoso caso *Marbury vs. Madison*¹³, marco inicial do controle de constitucionalidade norte-americano, o qual virá a influenciar a maioria dos Estados Democráticos de Direito.

O processo de controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, por sua vez, vai não só estabelecer os parâmetros e limites da separação de poderes com o chamado sistema de freios e contrapesos, como vai permitir ao judiciário a fiscalização dos atos políticos e legislativos de forma que os mesmos não venham a violar direitos e princípios fundamentais embaixadores do Estado Democrático, ou seja, a *judicial review* teve como ideia principal o apoio e garantia da democracia em contrariedade a um ambiente cujos interesses individuais sobressaíam àqueles fundamentais à dignidade geral da sociedade.

A doutrina menciona que somente no Século XX é que um maior poder e visibilidade foi atribuído ao judiciário. O segundo pós-guerra foi caracterizado pela propagação de direitos fundamentais como inerentes aos indivíduos, a formação de uma constitucionalização de direitos e a legitimação dos direitos humanos. Todos estes predicados vieram a fortalecer as cortes judiciais, possibilitando uma maior participação dentro nos novos estados constitucionais formados, onde segundo Clarissa Tassinari¹⁴

Tais acontecimentos provocaram uma maior participação/interferência do Estado na sociedade, o que, em face da inércia dos demais Poderes, abriu espaço para a jurisdição, que veio suprimir as lacunas deixadas pelos demais braços do Estado. Desse modo, o Judiciário passou a exercer um papel determinante na definição de certos padrões a serem respeitados.

O fim dos governos totalitários trouxe a necessidade de uma positivação de direitos fundamentais de forma que a materialização normativa pudesse efetivamente proteger os indivíduos contra o próprio Estado, passando as Constituições a trazerem consigo esta ideia, o que, por conseguinte, determinou a criação de tribunais

¹³ Caso em que foi apresentada uma lei infraconstitucional como embaixadora de uma ação judicial proposta por William Marbury, a qual fixava competência originária da Suprema Corte Norte-Americana, tendo esta, através de seu presidente, John Marshall, entendido que a lei que norteava o pedido de Marbury, era inconstitucional, posto que, esta competência só poderia ser fixada pela Constituição, assim, poderia se negar validade à lei que não se enquadre ao que for constitucionalmente estabelecido. Sendo esta a primeira vez em que fora reconhecida a supremacia da Constituição, bem como o papel do judiciário como seu guardião.

¹⁴ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 31-32.

constitucionais cuja função primordial seria a regulação e cumprimento dos direitos e deveres estabelecidos na norma constitucional.

O “novo” Estado Democrático de Direito estabelecido sob a base de uma constituição, retirou a antiga visão do judiciário como uma “nobreza de toga”¹⁵, atribuindo-lhe uma nova roupagem, a de protetor da sociedade por meio do controle dos atos estatais, que devem estar em conformidade com a constituição, com os direitos fundamentais e a dignidade dos indivíduos. É com a formação de um Estado Constitucional Democrático que o judiciário vai começar a demonstrar uma maior atividade em detrimento dos demais poderes dentro da sociedade.

A partir da noção de Estado Constitucional Democrático, o judiciário passa a ter o papel de guardião dos preceitos fundamentais dos cidadãos, podendo ser considerado como protagonista dentro das sociedades em razão da regulação conforme a constituição dos atos dos Estados e dos indivíduos. Porém, este mencionado protagonismo mostrou-se sob duas vertentes, os chamados: “perfil norte-americano” e “perfil europeu”, que se referem às formas pelas quais a atuação do judiciário constitucional foi apresentada em cada um dos continentes.

O modelo norte-americano, nas palavras de Glauco Salomão Leite (2017, p.11)¹⁶, teve como característica principal a competência do judiciário para fiscalizar atos de outros poderes, inclusive do próprio legislador, segundo o autor, “*A inserção da judicial review no rol das atribuições inerentes à função jurisdicional confere um inegável poder político às Cortes*”.

Conforme já mencionado nesta mesma narrativa¹⁷, desde 1803 a experiência constitucional norte-americana já mostrava um novo foco sob o judiciário, o Estado, firmado com base na constituição, deveria zelar pela mesma, através da função jurisdicional, em benefício do povo. Cabendo, ainda ao judiciário, o controle dos atos legislativos, visando principalmente evitar que os representantes do povo viessem a colocar seus próprios interesses dentro do texto constitucional, o que remontaria um novo liberalismo.

¹⁵Denominação utilizada por Glauco Salomão Leite. LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo Judicial ao diálogo Constitucional**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

¹⁶LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo Judicial ao diálogo Constitucional**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 11

¹⁷ p.22.

O modelo do constitucionalismo nos Estados Unidos, firmou-se com o estabelecimento do controle de constitucionalidade dos atos legislativos e executivos, pondo a Constituição como lei suprema a ser aplicada e verificada por um tribunal constitucional independente.

Em paralelo ao modelo norte-americano, fala-se também no modelo do constitucionalismo europeu, segundo o qual o Estado de Direito estava fundamentado na lei. Enquanto nos Estados Unidos, em 1803 falava-se no *judicial review*. Em 1804, na Europa, surgiu o Código Civil de Napoleão, expandindo a força da lei, cabendo ao juiz aplicá-la, sem maiores implicações interpretativas. O perfil constitucionalista europeu era voltado na realidade ao que dizia a lei, tendo em vista uma descredibilidade atribuída ao judiciário; ou seja, enquanto o modelo norte-americano aplicava ao judiciário uma confiança de forma a direcionar os atos legislativos e executivos em conformidade ao que dizia a constituição, o modelo europeu preferia ampliar os conteúdos das leis e deixar nas mãos dos juízes tão somente sua aplicação face ao direito legislado.

O constitucionalismo europeu não permitia maiores interpolações e incisões do judiciário no cenário estatal, somente em casos de “Eventuais ambiguidades e imprecisões dos textos legais que implicassem alguma margem de discricionariedade na interpretação seriam fatores que poderiam levar ao arbítrio judicial”.¹⁸

Foi o constitucionalismo norte-americano que prevaleceu nos pós governos totalitários do século XX, trazendo ao modelo europeu não só a força da norma constitucional, como também e principalmente a possibilidade da fiscalização judicial dos atos estatais e respeito aos direitos fundamentais.

A influência assumida pelo judiciário desvirtuou-se da ideia primeiramente posta por Hans Kelsen acerca da jurisdição constitucional. Para o referido estudioso, ao judiciário caberia fazer a regulação e fiscalização dos atos do legislativo em conformidade com a Constituição, controle este que era efetuado por um Tribunal Constitucional que teria o papel único de atuar como “legislador negativo”, ou seja, a referida corte trabalharia em fiscalização das leis e aquelas que não estivessem em conformidade com a Constituição, seriam anuladas, atuando, pois, como um legislador ao contrário.

¹⁸ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo Judicial ao diálogo Constitucional**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.p. 20

Ainda sob o molde da jurisdição constitucional kelseniana, o Estado Democrático de Direito deveria possuir um tribunal constitucional como órgão independente, que não incorporaria subjetivismos e princípios às suas decisões e que se ateriasse ao controle de leis e atos normativos, pois atuaria tão somente no campo das regras normatizadas pela constituição. No entanto, nas sociedades democráticas de direito pós-segunda guerra, tribunais constitucionais e supremas cortes passaram a incorporar a mesma função de intérpretes da constituição, expandindo os poderes desta e acrescentando-lhes princípios jurídicos, desconfigurando a fórmula proposta por Hans Kelsen¹⁹.

Desta forma o judiciário, no decorrer do Século XX, teve seu papel redefinido diversas vezes, desde mero espectador e aplicador dos preceitos legais, até regulador dos atos estatais e intérprete da constituição. É importante verificar que todos os passos percorridos na evolução do poderio judicial durante o século passado, serviram para estabilizar uma força firmada sobre a fundamentalização de direitos que dará guarida a uma constitucionalização abrangente, que repercutirá na tomada de decisões que poderão modificar a estrutura estatal seja sob a forma de judicialização da política ou de ativismo judicial, o que será tratado mais adiante.

1.2O ESTADO CONSTITUCIONAL E A TRIPARTIÇÃO DE PODERES

Antes de haver a consolidação das instituições políticas no constitucionalismo clássico, do intervencionismo estatal e da submissão da vontade dos indivíduos perante o Estado, foi somente com os pensadores ingleses dos séculos XVI a XVIII que as ideias transformadoras da sociedade foram surgindo e consequentemente os valores de tolerância, tripartição de poderes e princípios liberais.

Falar sobre Estado Constitucional implica mencionar sobre tripartição das esferas de poder dentro do Estado, que já havia sido mencionado no artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, *“A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes*

¹⁹ Kelsen, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

não tem Constituição.”²⁰ Isto significa que a Constituição de um Estado de Direito deve estar pautada na separação de poderes, nos moldes previstos por Montesquieu.

A respeito da obra iluminista “O Espírito das Leis”²¹, Paulo Bonavides²² entende ter sido esta de grande enriquecimento ao constitucionalismo europeu, vez que a separação de poderes nela contida seria o instrumento mais poderoso e rígido de proteção às garantias e liberdades individuais.

Segundo o pensamento do filósofo iluminista, todos aqueles que detêm o poder tendem a abusar deste, então, seriam necessários freios ao mesmo, cabendo a uma sociedade política livre (Montesquieu trabalhava com a ideia da existência de um governo livre no qual os cidadãos não tivessem um temor recíproco em relação a concentração de poder em uma só “mão”) evitar a reunião do poder de “[...] fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de punir crimes ou solver pendências entre particulares- num só homem ou sociedade de homens”.²³

Para Montesquieu (1979), a liberdade política sempre desapareceria quando o poder do Estado se concentrasse nas mãos de um único titular. A partir do momento em que esta concentração ocorresse, se perderia a liberdade individual pelo temor dos cidadãos em terem leis tirânicas elaboradas e aplicadas.

Precursos às ideias de tripartição de poderes de Montesquieu já se viam desde a Grécia antiga, quando ao falar sobre o regime de constituição do Estado, Aristóteles acreditava em três formas puras de governo regidas pelo interesse comum (monarquia, aristocracia ou democracia), cuja degeneração dessas três formas ocorrerá se os governantes se deixassem levar por seu interesse pessoal²⁴, entendimento este que corroborou com aquele de Montesquieu, já mencionado no presente texto acerca da concentração de poder.

²⁰ FRANÇA. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 25 jul. 2017

²¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat baron de. **Do espírito das leis**. 2.ed. São Paulo, SP: Abril Cultural, 1979. p.538.

²² BONAVIDES, PAULO. **Ciência Política**. 10ª Ed. Rev. At. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 175.

²³ Ibid., p. 177.

²⁴ MARIAS, Júlian. **História da Filosofia**; prólogo de Xavier Zubiri; apólogo de José Ortega y Gasset; tradução Claudia Berliner; revisão técnica Franklin Leopoldo e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 93.

Outro filósofo o qual também pode ser citado como precursor às ideias “montesquianas” é John Locke²⁵, marco teórico do Estado liberal, pregava acerca da liberdade dos indivíduos face à limitação do poder estatal, em seu tempo já teorizava e repartia os poderes, o maior de todos era o legislativo (elaborador das normas a serem cumpridas) e ao seu lado estavam os outros poderes, que tinham as funções de representar o Estado, cuidar do cumprimento das leis.²⁶ Nesta época, falava-se tão somente do poder supremo do legislativo, pareado com o executivo, exercido pelo rei, a quem competia à administração e a atividade judicial, que dependia das leis votadas pelo legislativo.

Contrariamente ao que defendia seu antecessor Thomas Hobbes²⁷, cuja obra mais famosa, *Leviatã*, pregava a renúncia dos direitos dos cidadãos (súditos) em favor do soberano, Locke não defendia a centralização de forças na mão do soberano dentro da comunidade social em que viviam os indivíduos; os poderes deveriam ser divididos, não emanando de uma única fonte, dando azo a ideia inicial de separação de poderes.

Ao Estado Liberal cabia se preocupar com a liberdade e propriedade (defendidos por Locke), não se atendo tanto à igualdade, portanto, não trazia aos liberais a preocupação com a democratização e divisão de poder. Contudo, o liberalismo era entusiasta da separação de poderes, em 1776, a Declaração de Direitos da Virgínia (Estados Unidos), trouxe de forma explícita a diferenciação entre um poder estatal e outro, o que foi seguido pelas Constituições de Massachussetts, Maryland e Carolina do Norte; . no entanto, somente o (já mencionado) artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão traz a explícita determinação da tripartição de poder.

No que se refere ao estabelecimento desta separação de poderes no Brasil, Paulo Bonavides²⁸ faz uma digressão a respeito das constituições que falavam neste sentido, considerando que a própria opção pela forma republicana de governo, encetou e afixou a separação “montesquiana”. Segue o que disse o mencionado autor:

A Constituição republicana de 1891 dispunha no artigo 15: “São órgãos da soberania nacional o poder legislativo, o executivo e o judiciário, harmônicos e independentes”. A Constituição de 16 de julho

²⁵ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: IBRASA, 1963.

²⁶ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 104.

²⁷ HOBBS, Thomas; TUCK, Richard (Org.). **Leviatã**. 2. ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2008. p.620.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 182.

de 1934 manteve o princípio nos seguintes termos: “Art. 30. São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”. A Constituição de 18 de setembro de 1964 não se afasta da tradição republicana: “Art. 36. São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”. O artigo 60 da Constituição de 24 de janeiro de 1967 reproduz o princípio: “São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A Constituição de 5 de outubro de 1988 tem redação quase idêntica: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A separação de poderes proposta por Montesquieu serviu para fortalecimento do Estado Liberal em uma época em que se precisava deixar pré-definidas as atribuições e separações de cada função estatal, com o objetivo principal de resguardar novas concentrações de forças nas mãos de um único soberano, tendo em vista o temor social de retorno à tirania estatal, o que, por conseguinte, trouxe também a diminuição intervencionista do Estado.

Entretanto, as mudanças sociais e a ausência do risco de surgirem novos governos tiranos, foi retirando o caráter eminentemente separatista dos poderes estatais, que para atenderem as necessidades sociais como um todo (e não mais só do indivíduo) tiveram que interconectarem-se entre si, ou seja, cada poder passou a ser exercido em certa medida por outro.

O enfraquecimento do princípio da tripartição de forças estatais não deve ser visto como um retorno à concentração soberana de poder. primeiro, porque o caráter de separação atualmente é admitido como figurativo, posto que o que realmente ocorre é uma distinção das funções dos órgãos do Estado e suas atribuições (o que permanece, posto que a competência para administrar, legislar e julgar estão em mãos diversas). Segundo, a conferência e execução de uma atividade típica de um órgão sendo exercida dentro do outro não implica usurpação de atribuições. E terceiro, a soberania é una e a comunicação entre poderes vai resguardá-la, vez que aparece sob novo prisma social.

A respeito da tripartição de poderes, Estado Constitucional e seu fortalecimento, André Ramos Tavares²⁹ apresenta a teoria de Montesquieu como uma verdadeira repartição de funções estatais, segundo ele, “*A utilização de ‘poderes’, embora profundamente enraizada, deve ser entendida de maneira meramente*

²⁹TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 161-182.

figurativa” (2005, p. 164), ou seja, não haveria uma subdivisão de poder, uma vez que este seria uno (a soberania estatal), o que ocorre na realidade é a determinação de funções que cada órgão dentro do Estado irá desempenhar, se de executar tarefas, legislar ou julgar atos.

Entretanto, há de se destacar que a divisão de funções estatais não significa dizer que houve uma separação absoluta destas, ao revés, apenas vai determinar qual a atividade principal de cada órgão do Estado, sem, contudo, isolar um “poder” do outro, fazendo vistas que o desejo desta teoria separatista sempre foi a descentralização de controle social do Estado para com os indivíduos que submetiam-se à sua tutela, remontando antigos ideais liberais.

É válido mencionar que a teoria tripartite de Montesquieu e seu novo (real) entendimento acerca do entrelaçamento de poderes (ou funções, como se queira chamar) vai fazer com que haja uma “multifuncionalidade do Estado contemporâneo”³⁰, no qual existirá a possibilidade de um poder exercer atividade do outro, surgindo a partir desta “mistura” a necessidade de regulação e imposição de limites a um e ao outro, visando resguardar uma supremacia constitucional, tarefa esta que foi atribuída aos tribunais constitucionais, através do controle de constitucionalidade dos atos (e funções) estatais.

Ainda sobre o declínio do princípio da tripartição de poderes da forma proposta por Montesquieu, Paulo Bonavides³¹ entende que o mesmo culminou com a ascensão do controle de constitucionalidade americano como técnica de embargar excessos cometidos no entrelaçamento dos poderes do estado:

Convertido numa técnica substancialmente jurídica, o princípio que se empregou contra o absolutismo dos reis, o absolutismo dos parlamentos e o absolutismo reacionário dos tribunais, segundo demonstra, através da Suprema Corte, a experiência americana em matéria de controle da constitucionalidade das leis, não ficaria definitivamente posposto. Competiria, pois, a esse princípio desempenhar ainda, conforme entendem alguns de seus adeptos, missão moderadora contra os excessos desnecessários de poderes eventualmente usurpadores, como o das burocracias executivas, que por vezes atalham com seus vícios e erros a adequação social do poder político, do mesmo passo que denegam e oprimem os mais legítimos interesses da liberdade humana.

³⁰ QUEIROZ, Cristina M.M. **Os actos políticos no estado de direito: o problema do controle jurídico do poder**. Coimbra: Almedina, 1990 apud TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.171.

³¹ BONAVIDES, PAULO. **Ciência Política**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 188.

O controle de constitucionalidade norte-americano (*judicial review*) e a necessidade de um Estado Constitucional, por sua vez, conforme já mencionado outrora, mostrou-se mais efetivo e consistente no segundo pós-guerra, tendo em vista que os Estados totalitários acabaram por implantar uma descrença em suas democracias baseadas em muitas leis e um legislativo forte.

Neste período, a representação política, voto, lei gerais e a própria democracia restaram desacreditadas, o que revitalizou a ideia da fundamentalização de direitos, baseados numa lei suprema acima de todas as instâncias políticas, a Constituição, que com seu caráter normativo passava não só a estabelecer a competência de cada poder, como também a fazer a regulação dos mesmos.

Desenhou-se, pois, um Estado Constitucional de Direitos, vigorando a soberania legiferante do antigo Estado liberal, cujo poder estava muito bem determinado, foi deslocada para a Constituição, criando um modelo de garantia jurisdicional fundada no controle de constitucionalidade. Aproximando a democracia do constitucionalismo, a partir deste momento se mostra também o declínio da tripartição de poderes proposta por Montesquieu, vez que o controle de constitucionalidade vai demonstrar uma interpolação do poder judiciário com o legislativo e executivo no controle de seus atos.

A conformação de um Estado Constitucional Democrático passa então a ganhar credibilidade, tendo em vista que a democracia anteriormente desgastada pelos regimes totalitários foi reformulada de maneira às suas decisões políticas estarem voltadas à vontade da maioria, podendo ser revistas sempre que ameaçarem ferir a ordem constitucional.

Os três poderes do Estado, dentro do constitucionalismo recente, vão entrelaçar e ao mesmo tempo determinar fronteiras às funções estatais, vez que esta nova conformação da tripartição proposta por Montesquieu não será absoluta, havendo, interferências recíprocas de um poder sobre o outro, visando o bem coletivo.

Além disso, válido destacar que hoje se entende que a teoria da separação de poderes da forma em que foi preconizada não passou de uma ficção, tendo em vista a complementariedade dos poderes, o que menciona Joaquim José Gomes Canotilho³², ao narrar acerca do “mito” da tripartição de poderes:

³² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 260.

Consistia este mito na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados: o executivo (o rei e os seus ministros), o legislativo (1ª câmara e 2ª câmara, câmara baixa e câmara alta) e o judicial (corpo de magistrados). Cada poder recobriria a uma função própria sem qualquer interferência dos outros. Foi demonstrado por EISENMANN que esta teoria nunca existiu em Montesquieu: por um lado, reconhecia-se ao executivo o direito de interferir no legislativo porque o rei gozava de direito de veto; em segundo lugar, porque o legislativo exerce vigilância sobre o executivo na medida em que controla as leis que votou, podendo exigir aos ministros conta da sua administração; finalmente, o legislativo interfere sobre o judicial quando se trata de julgar os nobres pela Câmara dos Pares, na concessão de amnistias e nos processos políticos que deviam ser apreciados pela Câmara Alta sob acusação da Câmara baixa. Além disso, mais do que separação, do que verdadeiramente se tratava de combinação de poderes: os juizes eram apenas <<a boca que pronuncia as palavras da lei>>; o poder executivo e legislativo distribuíam-se por três potências: o rei a câmara alta e a câmara baixa, ou seja, a realeza, a nobreza e o povo (burguesia). O verdadeiro problema político era o de combinar estas três potências e desta combinação deduzir qual a classe social e política favorecida.

Assim, verifica-se que na realidade o que sempre existiu foi de fato o sistema de freios e contrapesos de um poder sobre o outro, o que pode ser verificado atualmente (aqui mesmo no Brasil) por exemplo, com os institutos das medidas provisórias (“leis” aditadas pelo executivo), as comissões parlamentares de inquérito (poder legislativo julgando) e o próprio controle de constitucionalidade, funções estas denominadas de “atípicas” de cada poder público estatal.

A noção de separação de poderes se tornou uma divisão das funções estatais, cuja lógica de criação foi determinada para um Estado estritamente formalista, tendo em vista as mudanças sociais após a época de sua criação. Algumas críticas são feitas a este respeito³³, a primeira delas refere-se a impraticável manutenção deste princípio em razão da interpenetração dos poderes; outra crítica que pode ser verificada refere-se ao momento histórico no qual a teoria foi criada, nele havia a necessidade de reduzir a atuação do Estado, entretanto, as evoluções sociais (principalmente na passagem do Estado liberal para o social) fizeram com que ressurgisse uma nova intervenção estatal na sociedade, sem contudo, trazer de volta os preceitos absolutistas, havendo assim, que se analisar a separação de poderes dentro do contexto histórico-social em que se encontrava (ou encontra) o Estado.

³³ Tássia Aparecida Gervasoni e Mônia Clarissa Henning Leal em sua obra *Judicialização da Política e Ativismo Judicial na Perspectiva do STF* (p.119) falam acerca das críticas tecidas em desfavor da tripartição de poderes da proposta por Montesquieu.

Sendo ou não mito, é certo que a separação de poderes é um dogma que fortalece o Estado constitucional democrático de direitos, desta forma, em consideração a “nova” vertente dogmática mencionada, o Estado democrático não deve levar em consideração somente o princípio majoritário apregoado pela democracia, mas que considere e se desenvolva também em defesa dos vulneráveis e minorias³⁴ como forma de demonstrar-se um Estado equalizador de direitos.

O antigo juiz e Conselheiro do Tribunal Constitucional de Lisboa-Portugal, José de Sousa e Brito³⁵, falando a respeito de jurisdição constitucional e democracia, menciona que a primeira não deve ser vista como uma restrição à democracia, menos ainda “*O princípio da separação de poderes não pode sustentar um poder judicial como contra-poder que contrabalança o legislativo.*” (1995, p.42), estando, na realidade, dentro da própria ideia de democracia, tanto o conjunto de direitos do homem quanto a justificação da jurisdição constitucional.

O ex-conselheiro explica ainda sobre a complementação entre a jurisdição constitucional e democracia, tendo como aporte as teorias de John Hart Ely e Ronald Dworkin, mencionando a respeito deste último que “[...] *jurisdição constitucional e decisão da maioria seriam dois processos de desenvolvimento da democracia [...]*” segundo o qual, a depender da matéria que se está tratando dentro do Estado democrático, caberá tutela da jurisdição constitucional ou da maioria, configurada como vontade maior do povo.

Ainda segundo a mencionada teoria do fundamento democrático da jurisdição constitucional de Dworkin³⁶, a distinção das matérias a serem tuteladas como “*matérias sensíveis à escolha*” - que são aquelas cuja solução depende da vontade do povo e “*matérias insensíveis à opção*” - aquelas cuja resposta correta não dependem

³⁴ Existe a necessidade de se conceituar quem seriam os vulneráveis, posto que os mesmos encontram-se destacados do conjunto social em que vivem, conceito este que fora bem desenvolvido por Robério Nunes dos Anjos Filho, ao definir que “A expressão grupos vulneráveis designa um gênero do qual são espécies os grupos vulneráveis em sentido estrito e as minorias, sendo que estas últimas diferenciam-se dos primeiros porque os seus componentes portam especificidades próprias, consubstanciadas em elementos objetivos e subjetivos que os distinguem das demais coletividades vulneráveis.[...] Os grupos vulneráveis em sentido estrito são as vítimas de desigualdades, ao passo em que as minorias encontram-se no bojo de uma relação de diferença cultural com o restante da sociedade.” (ANJOS, Robério Nunes dos. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 257).

³⁵ BRITO, José de Sousa e. **Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático**. In: COSTA, José Manuel M. Cardoso. (Org.). Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra editora, 1995. p. 39-47.

³⁶ O escritor português narra acerca da obra de Ronald Dworkin, “Equality, Democracy and Constitution: We the people in Court. Alberta Law Review, 28, 1990.

do número de pessoas que a defendem; vai determinar que a jurisdição constitucional é mais qualificada para resolver as questões “insensíveis à opção”, posto que as decidirá com base na lei maior do Estado, a Constituição. Enquanto isto, caberá ao legislativo e executivo, enquanto representantes diretos da maioria, resolver as questões que envolvem, por conseguinte, a vontade desta maioria, devendo averiguar se a distinção entre as matérias vai ser feita de acordo com o objeto das normas ou se de acordo com suas características estruturais.³⁷

Porém, analisando a jurisprudência, o ex-juiz português verificou que em campos como o direito à vida ou direitos humanos em geral, é a estrutura da norma constitucional que vai determinar a maior ou menor sensibilidade da matéria, campo de aplicação da norma e, por conseguinte, quem tem competência para apreciar a questão apresentada.

1.3O NOVO PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Diversos fatores contribuíram para o crescimento da jurisdição constitucional a ponto de colocá-la em posição de destaque dentro do Estado, elementos estes que foram os principais influenciadores no segundo pós-guerra, Tássia Aparecida Gervasoni e Mônia Clarissa Henning Leal³⁸ propõem ainda a existência de uma circularidade na conformação deste crescimento jurisdicional, por entenderem que:

[...] há uma circularidade, uma vez que a existência dos Tribunais Constitucionais é justificada pela necessidade de preservação do texto constitucional e sua garantia, mas ao mesmo tempo, reforça e traz novas dimensões a esta supremacia, pela via doutrinária e jurisprudencial- as concepções de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, de eficácia vertical e horizontal, etc. são exemplos disso. [...].

As alterações sociais deslocaram os holofotes em direção ao judiciário, tendo em vista que este será (a partir de então) o responsável pela adequação dos demais poderes às diretrizes propostas pela Constituição, fazendo com que as leis, atos

³⁷ BRITO, José de Sousa e. Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático. In: COSTA, José Manuel M. Cardoso. (Org.). **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra editora, 1995. p. 44.

³⁸ GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Henning Leal. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.p. 55.

normativos e demais atos estatais sejam interpretados conforme a norma constitucional, em razão desta apresentar-se como direção magna a ser seguida pelo Estado democrático jurídica e constitucionalmente tutelado.

A respeito da Jurisdição Constitucional e da superioridade da Constituição sobre as demais leis, Hans Kelsen ³⁹ expõe que garantir a jurisdição constitucional tem a finalidade de assegurar o exercício das funções estatais (sejam de legislação ou de execução), tendo em vista que considera que estas funções estatais são atos de criação do direito. O referido filósofo austríaco, acerca da superioridade da Constituição, colocou-a em posição hierarquicamente superior às demais normas legislativas, em razão do processo de criação do direito, segundo o qual, leis, decretos, atos normativos e atos administrativos devem submeter-se ao que diz a norma constitucional formando a “vontade coletiva do Estado Moderno”.

Ainda levando em consideração a ascensão da jurisdição constitucional e a importância dada à Constituição, Kelsen ensinou que “Garantias da Constituição significam, portanto, garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da Constitucionalidade das leis”⁴⁰. Em consideração a este entendimento, vê-se a naturalidade com a qual o poderio judiciário passou a ser efetivado, tendo em vista que, sendo a Constituição a diretriz do Estado, o Tribunal Constitucional que resguarda seu cumprimento passa a ter, *pari passu* a mesma importância e relevância dentro da sociedade democrática de direito.

É válido asseverar, que a acolhida da teoria da jurisdição constitucional de Hans Kelsen, no que diz respeito à superioridade da constituição, não significa sua concordância com a totalidade da mesma, principalmente em razão dela não se alinhar com o modelo norte-americano do *judicial review*, sob a qual a presente dissertação irá se assentar. A acolhida da teoria do filósofo austríaco serve na realidade, para exortar o respeito que os demais atos normativos e leis deverão ter perante a Constituição e como o poder judiciário, a partir desta concepção de superioridade tomou fôlego para firmar-se e apresentar sua nova posição dentro do Estado de Direito.

³⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.p. 124.

⁴⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.p. 128.

Todavia há de ser lembrado que também foi Hans Kelsen que propôs a implantação de um Tribunal Constitucional como órgão independente do poder judiciário para atuar em defesa da Constituição, embora, conforme mencionado, não tenha sido a “fórmula kelsiana”⁴¹ que tenha se consolidado na América e mais tarde na Europa (esta que aderiu posteriormente o modelo norte-americano de constitucionalismo estatal).

O modelo de exercício da jurisdição constitucional proposta por Kelsen não foi suficiente para “combater” o sistema norte-americano proposto, tendo em vista que o modelo do jurista austríaco colocava o Tribunal Constitucional somente no exercício de um controle legal sobre o que estava em conformidade ou não com a constituição, não possuindo, portanto, este Tribunal um poder jurisdicional propriamente dito. Segundo Kelsen, caberia a esta corte o papel decisório de anular uma lei contrária à Constituição tendo por base o mesmo processo criativo desta lei, ou seja, o tribunal não estaria criando uma lei, mas somente atuando como um legislador negativo.

A forma do exercício jurisdicional proposta por Kelsen não vingou, principalmente por atribuir ao tribunal constitucional unicamente uma função balizada exclusivamente pelos ditames do texto constitucional, “*Tal submissão do Tribunal Constitucional aos preceitos constitucionais acarretaria uma (desejável, para Kelsen) diminuição de sua esfera de discricionariedade, evitando o aumento da criação do direito por parte deste órgão*”.⁴²

O direcionamento dado por Kelsen, ao tribunal constitucional era o de evitar normas principiológicas que viessem extrapolar o poder dos juízes sob a forma de não ficarem vinculados às leis, assim, almejava um Tribunal Constitucional com atuação em um plano de regras determinado, não cabendo ao poder jurisdicional ser ampliado em desconformidade ao previsto na Constituição, posto que o papel inovador do direito caberia ser dado pelo legislativo.

Kelsen negava a possibilidade de o Tribunal Constitucional julgar tendo por base princípios como o da igualdade, dignidade da pessoa humana e liberdade, ou seja, princípios subjetivos, para ele,

⁴¹ Expressão utilizada por Glauco Salomão Leite em sua obra *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 26.

⁴² LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.28.

A utilização pelo Tribunal Constitucional de normas com a textura aberta, como se verifica, em maior grau, nos princípios jurídicos, seria “perigosa”, na medida em que se correria o risco de essa Corte fazer prevalecer sua concepção acerca desses conteúdos em detrimento da concepção do legislador, provocando um indesejável deslocamento de poder para a Corte [...] ⁴³.

Diante destas considerações não seria incorreto dizer que o filósofo austríaco desejava uma jurisdição constitucional, contudo, sem dar poder demasiado ao judiciário, sendo a favor, que o Tribunal Constitucional restrinja sua interpretação aos ditames legais, não devendo extravasar o plano das regras.

Até mesmo no que concerne ao controle de constitucionalidade, pelo modelo kelseniano, após pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei, a referida decisão não emanaria efeitos retroativos, o que significa dizer que todo o feito do legislativo até aquele momento não seria modificado, o que manteria a esfera de discricionariedade do legislativo até o momento de reconhecimento da inconstitucionalidade legal determinada.

O modelo kelseniano proposto não era aquele que o cenário jurídico pós-segunda guerra necessitava, tampouco o que emergiu, este último por sua vez, (modelo norte-americano de jurisdição constitucional) não se restringiu a traçar regras básicas de legislação e execução como garantias jurisdicionais da constituição, mas acresceu a natureza jurisdicional do Tribunal Constitucional, ao qual foi dado também a função de intérprete final da Constituição.

Além disso, caráter superior do texto constitucional perante os demais textos legislativos existentes numa sociedade e todas as teorias acerca desta superioridade dão às constituições a compreensão a respeito de sua magnitude. Tendo em vista este caráter, a interpretação em conformidade com a constituição deverá trazer o real sentido para o qual determinada norma foi criada, até mesmo porque é a constituição quem dará validade à interpretação e aplicação de determinada norma infraconstitucional.

A necessidade vertente que se mostrou foi a de uma jurisdição constitucional voltada não só à aplicação pura e simples do texto da constituição, como também uma jurisdição assegurada por um tribunal que leva em consideração princípios interpretativos aptos a dar uma melhor solução à situação que lhe fosse apresentada, derrubando assim o desejo do filósofo austríaco de afastar do Tribunal e Jurisdição

⁴³Ibid., p.28.

Constitucional a subjetividade dos princípios, o que acabava por ampliar o poder jurisdicional dos tribunais constitucionais.

Há de se considerar que a interpretação constitucional desenvolvida pelos Tribunais Constitucionais foi que passou a insculpir o que está ou não em conformidade com a Constituição, devendo ser retirado ou mantido do ordenamento jurídico, isto foi verificado desde o caso *Marbury vs. Madison*, quando John Marshall retirou a validade da Judiciary Act, por entendê-la inconstitucional.

A atualização jurídica feita através da interpretação, remonta, pois, a atividade do hermenêuta de estabelecer um sentido dentre os vários existentes a fim de garantir a compreensão, porque conforme entendimento de Luís Roberto Barroso⁴⁴, diante de múltiplos sentidos, será a hermenêutica jurídica que dará a compreensão e sentido aos enunciados normativos relevantes, adequando-o à situação fática que for apresentada à jurisdição constitucional.

A interpretação deve ter o papel de atribuir sentido aos documentos normativos em conformidade com a constituição, de forma a dar-lhes legitimidade, validade e aplicabilidade dentro de uma realidade equânime com a sociedade e que reflita seus anseios, sem que para tanto tenha que haver qualquer tipo de mudança no texto da carta constitucional.

O intervencionismo judiciário através do novo papel interpretativo dado ao Tribunal Constitucional deve revelar o sentido dos textos e outros elementos normativos presentes na Carta Magna, considerando parâmetros que vão além da filosofia jurídica, posto que considera fatores como política, integração social, valores éticos e morais, todos conjugados e considerados levarão a novos métodos interpretativos que dispensam a alteração formal do texto da lei maior, passando a atribuir novos sentidos ao texto magno sem que para tanto necessite haver emendas à escrita originária constitucional.

Deve ser levado em conta que o texto da Carta Política é composto de dispositivos que tratam de diversas matérias normativas, havendo de ser observado pelo intérprete que a sua atividade deverá evitar contradições entre as normas existentes dentro da própria constituição sob o risco de não estar enxergando-a como

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

todo coeso que é, arriscando-se macular o conjunto de normas e princípios que integram um único sistema.

Em se tratando de uma interpretação que atenda as finalidades sociais que se apresentem em determinado momento, Rudolph Von Ihering⁴⁵ em contraposição ao positivismo e formalismo vigorado no Século XIX, defendia o direito como servo dos fins sociais, devendo ser a paz o fim principal do direito, podendo ser entendido que sua bandeira foi hasteada por François Geny e a Escola da Livre Interpretação, autor este que se mostrou como um expoente na derrubada de uma hermenêutica imperativa e formalista da antiga Escola da Exegese.

Ao falar sobre a Escola da Livre Interpretação e do pensamento de François Geny, ou Livre Investigação Científica, Alexandre Araújo Costa⁴⁶ (2008, p. 275) em sua tese de doutoramento narra:

Entretanto, é preciso deixar claro que apesar de considerar que as decisões Judiciais não eram fruto de uma aplicação objetiva e silogística de regras a fatos, ele também negava que a atividade judicial devesse recair em um subjetivismo exagerado e que o juiz poderia aplicar livremente os seus ideais de justiça, o que resta evidente na manutenção do pressuposto tradicional de que a identificação da vontade do legislador “é o objetivo essencial de toda a interpretação propriamente dita.

A interpretação conforme a constituição vai enaltecer e contribuir com o estabelecimento da força do judiciário. Desde Kelsen, passando por Ihering até chegar ao entendimento acima esposado de Alexandre Araújo Costa, mostra-se uma resistência ao exacerbado subjetivismo jurisdicional, onde a interpretação que visa atualizar os preceitos constitucionais, não pode ficar aquém do texto constitucional, ainda que esteja considerando uma nova situação surgida não disciplinada formal ou materialmente, a interpretação e atualização deverá ser feita em compasso com preceitos normativos da constituição.

Ao se ler a Constituição, ou qualquer outra lei, o dispositivo escrito em si não perfaz a norma, esta é apresentada a partir do momento que o intérprete retira do texto um conteúdo, um sentido, uma compreensão, atribuindo uma finalidade que deverá ter validade e legitimidade. Neste sentido Gilmar Mendes⁴⁷ entende que é

⁴⁵ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução: J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

⁴⁶ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método**: diálogos Entre hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. (Tese de Doutorado). p. 275. Brasília: UNB, 2010. Disponível em: < <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp149009.pdf> > Acesso em: 28 jul. 2017.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

dessa forma que a norma constitucional vai poder atuar na solução dos problemas concretos, pois se analisa primeiramente seu conteúdo semântico, para depois atribuir-lhe um sentido e ver em qual situação real o preceito compreendido será aplicada.

O modo de interpretação conforme a Constituição tem refletido também o novo papel da jurisdição e do tribunal constitucional na busca por uma aplicação da lei de forma não somente dogmática, mas visando principalmente uma justiça com subsídio na constituição.

A configuração de um judiciário mais forte ocorre também com a escolha do método interpretativo mais adequado à norma constitucional, vez que a opção pela “Interpretação Conforme a Constituição” feita pelo intérprete da lei maior, já diz o direito a ser aplicado e na ausência de lei pré-estabelecida, o Tribunal Constitucional através da “interpretação conforme” vai suprir a ausência do texto legal, preenchendo lacunas, corrigindo valores normativos e permitindo a criação de textos legais para suprir casos a apreciação de casos lançados ao tribunal sem que para tanto ainda houvesse normatização aplicável à situação concreta, é este o entender de Uadi Lammêgo Bulos⁴⁸.

Ainda a respeito do entendimento acerca da interpretação conforme a constituição o referido autor indica o mencionado método como forma de estabelecimento de uma justiça constitucional e de uma “[...] imposição ativa e quase criadora do controle constitucional [...]” (BULOS, 1997, p.53) ,ou seja, a fórmula de interpretação de um texto legal em conformidade com o constitucional, vai ensejar no controle de constitucionalidade, que por ser feito pelo Tribunal Constitucional, vai contribuir para a afirmação de seu papel supremo.

Desta forma, pode-se dizer que a busca por adequação dos textos legais às normas constitucionais contidas nas magnas cartas contemporâneas, incluindo-se logicamente a Carta Magna Brasileira de 1988, em que pese o texto legal positivado, venha trazer para a realidade um direito mais engajado com as necessidades políticas, sociais e morais, tarefa atribuída ao hermeneuta, este deve analisar inicialmente o que diz o texto legal, para em seguida verificar quais os ângulos do problema que se apresenta fazendo depois a conformação entre um e outro.

⁴⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

A interpretação como elemento de atuação jurisdicional não é monopólio do Tribunal Constitucional, porém é este quem tem que dizer o verdadeiro sentido da norma/princípio interpretado, situação esta que vem sendo criticada primordialmente em razão de dar ao judiciário uma força acima dos demais poderes, corroborando Glauco Salomão Leite⁴⁹ com a referida crítica, tecendo seu entendimento

É possível, portanto, vislumbrar que a atuação desmensurada das Cortes Constitucionais configure uma assunção indevida das funções políticas atribuídas constitucionalmente aos outros poderes. Neste caso, quanto maior sua ingerência na atuação dos demais poderes, menor será o espaço de atuação destes últimos. A jurisdição constitucional passaria a demarcar as zonas de competências dos demais poderes, a partir dos limites que ela própria impuser à sua competência. O Tribunal estaria a monopolizar ou a se “assenhorrar” da Constituição, gerando a “jurisprudencialização” do direito constitucional.

Todo este processo de readequação da jurisdição constitucional, inserindo novos elementos e ampliando a esfera de poder do judiciário, tem sido visto como um processo de “judicialização na contemporaneidade”⁵⁰ o que não só inseriu uma nova realidade na justiça constitucional atual, como também demonstrou uma quebra quase que definitiva no modelo kelseniano de uma jurisdição determinada no plano das regras.

A respeito deste processo de poderio judiciário, Ricardo Diego Nunes Pereira⁵¹, traz noções acerca do surgimento de um “direito judicial”, que reflete o direito segundo a atividade dos juristas, o que demonstra um arquétipo de judicialização e do novo papel da jurisdição constitucional no Brasil. Porém, o referido autor entende que judicializar certas questões é a alternativa hodierna à realidade dos Estados constitucionais, contrariamente ao entendimento esposado até o presente momento

[...] preeminência, (do judiciário) contudo, não é pelo fato em si do ser da instituição “Poder Judiciário”, mas da função a ele encarregada de controle da constitucionalidade [...] que poderia muito bem ter sido também oferecida, por opção política preponderante, ao presidente [...], ou ao parlamento

Assim, pode-se atribuir como um dos principais contributos ao crescimento do poderio judiciário, o controle de constitucionalidade desempenhado pelos tribunais

⁴⁹ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático**: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.32

⁵⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 49

⁵¹ PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. **Direito Judicial criativo**: ativismo constitucional e justiça instituinte as novas perspectivas do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade. São Cristóvão: Editora UFS, 2012. p. 221.

constitucionais, nos quais foram depositados uma confiabilidade em razão destes possuírem consigo a tarefa de fiscalizar se o que foi feito pelo executivo e legislativo está em conformidade ou não com a Constituição, em caso negativo, anula-se o ato em benefício da sociedade, confiança depositada em razão do judiciário estar sendo o único a resolver impasses muitas vezes abandonados ou ignorados pelos demais poderes (ou funções) do Estado.

1.4 O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E A CONCESSÃO DE PODERES AO JUDICIÁRIO

No segundo pós-guerra as Constituições passaram a refletir os valores e necessidades sociais, estabelecendo-se uma Teoria Material da Constituição, que incluiu a sociedade como destinatária das normas constitucionais, contribuindo para a formação posterior do constitucionalismo democrático⁵², todavia, o Brasil demorou a se libertar da herança paternalista e mesmo a primeira Constituição Republicana de 1824, não permitiu uma consolidação do modelo liberal, nem do estado social.

Na realidade, as mudanças no cenário judiciário brasileiro, no que concerne a dar-lhe mais força perante os demais poderes, só veio ocorrer após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que as anteriores não falavam nem defendiam os direitos fundamentais e a dignidade humana, tampouco davam poderes a um Tribunal Superior de forma que este pudesse vir a regular os atos dos executivo e legislativo.

A respeito do processo de maior engajamento do poder judiciário dentro da sociedade democrática de direito no Brasil, Clarissa Tassinari⁵³ especifica a respeito

Ápice do denominado processo de redemocratização que rompeu com o período ditatorial no país, é promulgada a Constituição Federal da República Brasileira. O texto constitucional apresenta um numeroso rol de direitos (especialmente de cunho social) garantidos aos cidadãos. Reunindo a forma de controle de constitucionalidade inaugurada por Ruy Barbosa quando da fundação da República (em 1890) com o modelo implantado pela Emenda Constitucional n. 16/65, é prevista textualmente, a possibilidade de revisão judicial dos atos dos demais poderes, assumindo o Supremo Tribunal Federal a função de selar pelo cumprimento da Constituição. A partir disso, começam os primeiros debates sobre ativismo judicial no país.

⁵² GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônica Clarissa Henning Leal. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.p. 22

⁵³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 23-24.

O constitucionalismo no Brasil como defensor dos direitos fundamentais e norteador de um Estado de Direitos só pôde se concretizar após o fim dos 20 anos de regime militar, governo em que se instaurou quase que em sua totalidade uma situação de exceção (por que não falar em autoritarismo ou totalitarismo), cujo judiciário não possuía qualquer autonomia, menos ainda proveniente da Constituição.

Porém, com a promulgação da CF de 1988, ao judiciário foi atribuído um novo valor, sobretudo de garantidor (assim como os demais poderes) da concretização dos direitos fundamentais estabelecidos na lei maior, inclusive no que concerne à efetivação destes direitos face a questões políticas, ou seja, ao judiciário foi dado pela própria Carta Política a atribuição de fiscalizar questões constitucionais referentes aos poderes políticos.

É neste momento que o Tribunal Supremo brasileiro passa a atuar mais ativamente como garantidor dos preceitos Contidos na Carta Federativa e o judiciário em si a tomar decisões (inevitavelmente) políticas, o que vai ocasionar um certo conflito de atribuições, conforme Tássia Aparecida Gervasoni e Mônia Clarissa Henning Leal, citando a obra “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil”⁵⁴ descrevem:

Todo esse quadro revela, por sua vez, que o surgimento do paradigma do Estado Democrático de Direito traz implícita a problemática da tensão entre jurisdição e legislação, diante da constatação de que as normas constitucionais nem sempre podem ser interpretadas sem o recurso a valorações políticas (que são, sempre, até determinado ponto, subjetivas). Assim, será inevitável a relação de tensão entre o direito e a política, porque o juiz constitucional aplica o direito, mas ocorre que a aplicação desse direito parra a acarretar, necessariamente, que se proceda, também, a valorações políticas (ainda que não se tenha como garantir que tais valorações possam ser classificadas propriamente como políticas, porque ela são, antes de mais nada, jurídicas; o fato é que elas, quase que invariavelmente, por tratarem de questões estratégicas, possuem uma repercussão política importante).

Face a este quadro inevitável de aparente conflito, é válido destacar que inexistente a possibilidade de uma jurisdição constitucional não invasiva dentro do Estado Democrático de Direito, vez que fundamentado em uma Constituição, deve o judiciário supremo constitucional fazer valer os princípios e regras estabelecidos na carta maior,

⁵⁴ GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Henning Leal. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013. p. 68 apud VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann; MELO, Manuel Palacios Cunha. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 53.

o que pode acabar, inclusive, superestimando o valor e poder da Constituição sobre o princípio da maioria.

Este processo de gradual força do constitucionalismo deu conformação a dois fenômenos diferentes, mas relacionados, que vem tomando intensidade dentro do cenário atual (em que pese a partir de 1988), que é a judicialização da política e o ativismo judicial, tema sob o qual nos debruçaremos a partir do próximo capítulo. Os fenômenos (se é que assim podem ser chamados) tem demonstrado o que vem ocorrendo no cenário estatal contemporâneo brasileiro, pois aqui estes processos são relativamente novos se comparados à sua visualização no seu país de origem (Estados Unidos), bem como se comparados também a sua propagação noutros países da Europa, por exemplo.

O constitucionalismo brasileiro acabou por seguir uma tendência mundial de entregar ao judiciário as rédeas de uma sociedade aparentemente sem rumo, melhor dizendo, de uma sociedade descrente da efetivação dos demais poderes, despejando uma salvaguarda nos direitos fundamentais constitucionalmente positivados e, por conseguinte, no guardião da Constituição, qual seja, o judiciário.

A respeito deste “ganho” de poder do judiciário, a filósofa alemã Engeborg Maus⁵⁵ em seu artigo “O judiciário como superego da sociedade”, enfrenta o tema sob um caráter crítico, narra que a ampliação do poderio judicial, inclusive com a escolha do processo de interpretação (rememore-se o que Uadi Lammêgo Bulos narrou a este respeito, cuja menção fora feita anteriormente) teria comparativamente uma importância tão grande a ponto de “veneração religiosa” do controle jurisdicional. Para a autora, o poder gradativamente auferido pelo judiciário (o que também ocorrera no Brasil) deveu-se à uma visão da sociedade posta sob o referido poder como “salvador da pátria” oprimida e abandonada.

A ascensão da credibilidade do judiciário pode ser atribuída ao processo de constitucionalização dos direitos no segundo pós-guerra, o que veio a contribuir com a criação e posterior crescimento dos tribunais constitucionais, onde o mundo passou (e passa) segundo a filósofa alemã, “[...] por um período caracterizado pela construção

⁵⁵ MAUS, Engeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Trad. Martonio Mont'alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. Disponível em: < <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf> >. Acesso em: 30 jul.2017.

de um imaginário em que a credibilidade para decidir as questões fulcrais da sociedade é depositada no judiciário”.⁵⁶

No Brasil, somente pode-se falar num sistema constitucional efetivador dos direitos fundamentais após 1988, vez que, assim como outros países da América Latina⁵⁷, foi somente nesta época que houve uma ruptura dos regimes ditatoriais, estabelecendo-se um estado verdadeiramente democrático de direito.

O cenário político-institucional brasileiro antes a 1988, demonstrava um Estado firmado sob Constituições inertes e sem qualquer força normativa, o que sempre contribuiu para um cenário não-constitucionalista e apático no que se refere à própria sociedade. Em relação a esta apatia, inclusive, há que se falar das resistências reais acerca dos mandamentos Constitucionais, principalmente no transcorrer dos anos de 1967/1969 (com as constituições vigentes à estas épocas), nada pôde ser verdadeiramente modificado em razão do regime ditatorial militar que se instaurava naquele período, restando de fato a submissão ao que estava imposto, caso contrário duras (e reais) penas eram aplicadas aos desobedientes.

Assim, falar de sistema constitucional brasileiro, de seus limites e poderes, bem como do que foi concedido ao judiciário relativamente à autonomia deste, só pode ser mencionado e/ou considerado, a partir das “diretas já” para frente. Em relação a este período, Glauco Salomão Leite⁵⁸, especifica:

Nesse contexto, não há dúvidas de que a Constituição de 1988 simbolizou a transição de um Estado autoritário, que perdurou cerca de vinte e um anos no país, para um Estado Democrático de Direito. Ela buscou resgatar valores do constitucionalismo voltados à contenção do poder estatal e, especialmente, à consagração ampla dos direitos e liberdades, pressupostos que são a uma autêntica cidadania.

O referido autor narra ainda que em razão dessa anterior ausência de participação popular, a Assembleia Nacional Constituinte acabou por criar uma carta política extensa e com preceitos normativos envolvendo diversos interesses, desde disposições relativas à legislação jurídica, até preceitos relativos à família (tema

⁵⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 49

⁵⁷ Tal qual o Brasil, que sofreu um golpe militar em 1964, a Argentina (1976), Chile (1973), Uruguai (1973) também incorreram em regimes ditatoriais que tolheram a ascensão do judiciário em virtude da ausência de uma promoção de qualquer direito fundamental que fosse.

⁵⁸ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático**: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.118.

inclusive do presente estudo), crianças e índios. Esta reunião de interesses, trouxe, por conseguinte, ao Tribunal Constitucional Brasileiro, a difícil tarefa de decidir sobre os mais diversos temas, o que já demonstra uma entrega de boa parcela de poder estatal ao judiciário, não sendo, entretanto, este o único determinante para o expansionismo jurisdicional.

Na realidade, narra André Ramos Tavares⁵⁹, que desde o caso Marshall vs. Madison, foi evocada a responsabilidade da suprema corte sob a Constituição, em que pese as acusações de usurpação de poder, a forma estabelecida do constitucionalismo norte-americano foi tomando espaço, de maneira “[...] *que estabeleceram suas cortes supremas e um modelo difuso-concreto da constitucionalidade das leis*”, o que veio a contribuir com a constitucionalização e concretização de direitos fundamentais, aflorando o papel verificador e edificador dos Tribunais Constitucionais, em razão principalmente de sua eleição à guardião da Constituição.

Continuando com o caso brasileiro, a concessão de poder ao judiciário a partir de 1988, pelos motivos acima elencados, pode ser verificada de forma muito clara na consolidação do Capítulo III da Constituição Federal de 1988, que trata “Do Poder Judiciário”. O referido capítulo se divide em 08 (oito) seções, cuja Seção I trata das disposições gerais sobre o poder judiciário, englobando dos artigos 92 ao 100, este com 20 (vinte) parágrafos; a Seção II fala sobre o Supremo Tribunal Federal, sua formação e competência, sendo apresentado já no *caput* do artigo 102 como “guarda da Constituição”, onde suas atribuições vão desde julgar Ação Direta de Inconstitucionalidade, até determinadas infrações penais comuns, pedidos de extradição e execuções de sentença, por exemplo, apresentando-se nos artigos 101 a 103, este com 07 (sete) parágrafos. As seções seguintes, III, IV, V, VI, VII e VIII (que vão do artigo 104 a 126), tratam respectivamente da formação e competências do Superior Tribunal de Justiça; Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e Juízes do Trabalho; Tribunais e Juízes Eleitorais; Tribunais e Juízes Militares e por último, Tribunais e Juízes Estaduais.

Analisando a referida subdivisão, fica bem clara a minúcia com o qual foi tratado o poder judiciário na Constituição Federal de 1988, detalhes estes que de uma forma

⁵⁹ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 60.

ou de outra vão resvalar no aumento do poderio jurisdicional. Verificando detidamente as normas contidas nos referidos artigos, percebe-se os inúmeros atos estatais que são submetidos ao crivo do judiciário, não bastando tão somente declarar uma lei constitucional ou inconstitucional, a exemplo do que se ficou exposto com o original *judicial review* norte-americano.

Acerca da maior projeção que passou a ser dada ao STF pós 1988, Glauco Salomão Leite⁶⁰ entende que esta deveu-se à ampliação das competências do Supremo Tribunal Brasileiro, somado a discursos doutrinários neoconstitucionalistas e a um presidencialismo de coalizão. Porém, esta ampliação do judiciário pode ser observada sob um olhar vanguardista e garantidor dos direitos fundamentais, tendo em vista o cenário de exceção que anteriormente estava instaurado no Brasil.

No caso específico desta narrativa, pode-se até defender que este alargamento do poder judicial se fez necessário em prol da defesa dos princípios da igualdade entre os casais homoafetivos e heteroafetivos no tocante ao reconhecimento de tais como estes últimos, serem reconhecidos como famílias juridicamente tuteladas. Os preceitos trazidos pela Constituição de 1988 serviram como esteio na busca pela igualdade de direitos pleiteados pelos grupos LGBTI e, na ausência de uma tutela legislativa suficiente a resguardar tais direitos, coube ao judiciário a criação de substratos jurídicos efetivos para garantir os referidos direitos.

Porém, a concessão de poderes legitimados ao judiciário, sofre duras críticas, dentro das quais a principal seria o extrapolar dos limites jurisdicionais e invasão da esfera dos demais poderes estatais. Analisando o papel do Supremo Tribunal Federal, Oscar Vilhena Vieira⁶¹ menciona que

A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo.

⁶⁰ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.117.

⁶¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Revista de direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/103234/supremocracia_oscar_vieira.pdf>. Acesso em: 20 Ago. 2017.

O referido estudioso narra ainda que constituições como a Brasileira⁶², promulgadas após regimes depostos tendem a trazer consigo preceitos de mudanças sociais, estabelecidos em Constituições robustas, nelas o papel dos Juízes passou a ser não só de aplicadores da lei (o que pode ser notado na Constituição Brasileira conforme mencionado na subdivisão das atribuições do Judiciário em seu Capítulo III já tratado linhas acima como também de zeladores dos preceitos trazidos dentro do texto Constitucional.

Assim, o sistema constitucional brasileiro da forma que foi sendo estabelecido após as “diretas já” acabou por dar guarida, na tentativa de construir um estado constitucionalmente democrático, ao estabelecimento de um cenário voltado à juristocracia, em que caberá verificar o direcionamento do ativismo judicial, se voltado ao retorno de um “governo de juízes” ou se está encaminhando uma alternativa às lacunas de poder existentes na sociedade contemporânea.

⁶² Também o foram a Constituição Indiana de 1950, a Portuguesa de 1976 e a Sul-Africana de 1996.

2. FAMÍLIA HOMOAFETIVA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: O PODER JUDICIÁRIO E SEU CARÁTER POLÍTICO ALTERNATIVO

Antes de traçar um perfil sobre a nova configuração de família, denominada, homoafetiva, se faz necessário falar sobre os processos que desencadearam seu reconhecimento e como o judiciário, exercendo um caráter político subsidiário (ou alternativo) ao seu papel principal, dentro do que se chama de “judicialização da política” e ativismo judicial, foi imprescindível para resguardar o direito não legislado das famílias formadas por pessoas do mesmo sexo.

2.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O NOVO DIREITO DAS FAMÍLIAS BRASILEIRAS

Falar sobre direito das famílias é na realidade considerar não uma forma estática e pré-definida sobre o que o termo “família” possa apresentar, mas sim o que ele pode representar para o mundo do direito e principalmente para os indivíduos que a compõem.

A família é o primeiro núcleo social que o ser humano faz parte, já mencionada inclusive como uma das formas de origem do Estado⁶³, após 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem é vista como, “[...] *o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.*”⁶⁴ Definição interessante a respeito do que pode ser entendido como “família”, é trazida por Giselle Câmara Goeninga⁶⁵, ao mencionar que

Segundo a sociologia, a família é relação privada em que se tecem as ligações particulares entre seus diferentes membros, por meio das práticas de cada um. Os laços afetivos, mas também os laços econômicos, com uma repartição de deveres, de responsabilidade e de respectivos poderes, fazem de cada família, sobretudo na nossa época, uma configuração original.

⁶³ DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. Ebook da 2. Ed. Atual. Saraiva: São Paulo, 1998. Não paginado.

⁶⁴ FRANÇA. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> . Acesso em: 28 jan. 2018.

⁶⁵ GROENINGA, Giselle Câmara. Generalidades do direito de família. Evolução histórica da família e formas atuais de constituição. In: BARBOSA, Âguida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (Coord.) **Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

No contexto ora arrematado é que se pretende mostrar que o direito de família agora chama-se “direito das famílias”, tendo em vista as diversas formatações que o afeto configurou sob o nome de “família” e cujo reconhecimento se deu em alguns casos pelo legislativo e, no caso especial das famílias homoafetivas, pelo judiciário, mediante a ocorrência de dois fenômenos, o primeiro deles que será analisado neste tópico, a judicialização da política e o segundo, o ativismo judicial, que será analisado no tópico subsequente.

O fenômeno denominado Judicialização da política ocorre sempre que a suprema corte constitucional de um país assume um papel político através de suas decisões, em detrimento da falta de atuação dos demais poderes, seria uma espécie de atuação extraordinária dos tribunais, alguns juristas⁶⁶ citam como primeiro caso o *leading case* *Marbury vs Madison* nos Estados Unidos.

O desvencilhamento entre direito e política, porém, é muito mais difícil que se possa imaginar, tendo em vista que no momento da aplicação do direito, muitas vezes (e principalmente nas que envolvem normas constitucionais), se fazem necessárias valorações políticas ou conceitos políticos pré-formados que facilitarão a aplicação e/ou interpretação do direito legislado, tudo isso sem levar em consideração as ideias subjetivas de cada aplicador do direito (vez que os juízes também conduzem para suas decisões as suas próprias concepções políticas). Quanto ao entendimento politizado dos juízes, Tássia Aparecida Gervasoni e Mônia Clarissa Henning Leal⁶⁷ mencionam que

De todo modo, sustenta-se que os juízes exercem atividade política em diferentes sentidos: por serem integrantes do aparato de poder do Estado, que é uma sociedade política, e por aplicarem normas de Direito, que são necessariamente políticas. Ademais, antes de tudo, o juiz é cidadão e, portanto, também vota. Assim não se pode ignorar que possui suas preferências políticas, embora não as externe por considerar-se “apolítico”, condição que reputa indispensável para o reconhecimento de sua imparcialidade e independência.

É preciso enxergar esse processo de judicialização da política, como um sustentáculo da teoria tripartite dos poderes proposta por Montesquieu, principalmente no que foi narrado no capítulo anterior sobre a “aparência” desta tripartição posto que,

⁶⁶Luís Roberto Barroso, Tássia Aparecida Gervasoni, Mônia Aparecida Henning Leal e Rodrigo Brandão, entendem dessa forma, em contrassenso, Clarissa Tassinari e Lênio Streck entendem que o caso mencionado se refere a ativismo judicial.

⁶⁷ GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Aparecida Henning. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multidea, 2013. p. 77.

a proposta Montesquiana, em que pese afirme a divisão dos poderes (ou funções) do Estado, na realidade o que ocorre é um entrelaçamento entre um e outro a fim de garantir seus limites e deveres.

Entretanto, é válido relembrar que a discutida “judicialização” somente ganhou força a partir do Século XX e mais precisamente no pós- segunda guerra mundial mostrando seu verdadeiro papel. Antes disso, ainda no Século XVIII e XIX, nos períodos respectivamente de absolutismo e liberalismo, o judiciário não possuía um caráter político suficiente a regular os atos dos demais poderes (executivo e legislativo). Foi com o controle de constitucionalidade que os tribunais passaram a ganhar força gradativa e suficiente para corrigir, conferir e vetar atos estatais em desconformidade com a Constituição.

O processo ou fenômeno (como se queira chamar) de judicialização da política viu no Estado Democrático de Direito Contemporâneo o campo certo para colocar em prática o sistema de freios e contrapesos, devido a possibilidade dada ao judiciário de intervir em atividades das demais funções estatais que não corroborassem com os preceitos trazidos pela constituição, sendo um balizador de limites e poderes.

Judicializar determinadas demandas que não seriam de alçada do judiciário deu-lhe uma vertente política, principalmente em razão das demais instâncias se ausentarem quanto a determinados assuntos, ou avançarem nos mesmos (ou noutros). Assim, ao judiciário foi dado rédeas políticas diante de poderes (ou funções) que se apresentarem empacados ou desenfreados diante dos anseios sociais pungentes, Luís Roberto Barroso⁶⁸, atribui alguns motivos para a ocorrência do fenômeno da judicialização

Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Atualidades Jurídicas** (Brasília), v. 11, p.62-106, 2011, p.45-46. Disponível em: < http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf f>. Acesso em: 24 jan. 2018.

Além dos fatores mencionados por Barroso, no caso brasileiro também podemos atribuir a judicialização à derrubada do governo militar e à ocorrência da redemocratização do país, além, da constitucionalização dos direitos e da aplicação do controle de constitucionalidade. Esta última, garante àqueles que buscam o judiciário a possibilidade de sua demanda (a depender do seu caráter) ser posta à apreciação do tribunal constitucional brasileiro, corroborando ao que fora dito no capítulo anterior, com o fortalecimento do poderio jurisdicional brasileiro (em especial).

O constitucionalismo democrático também pode ser visto como um dos motivos para o desenvolver do processo de judicialização da política, tendo em vista que deu à jurisdição constitucional a tutela da Constituição, que, por conseguinte “[...] *acaba por transferir ao Poder técnico, matérias até então deliberadas e decididas nas esferas políticas.*”⁶⁹

No caso do Brasil, a promulgação da Constituição de 1988 (bem como nas demais pós segunda guerra mundial) trouxe como princípios basilares do Estado (agora) democrático de direito: a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do homem, determinando inclusive deveres e atribuições aos demais poderes políticos. Tendo feito isso, a Magna Carta brasileira de 1988 propiciou que seu texto favorecesse a judicialização da política ou politização do judiciário em razão de estar dando ao judiciário o controle do “sim” e do “não” dentro do novo Estado brasileiro que se formou no final da década de 1980.

A interpretação da norma constitucional em benefício e respeito aos seus preceitos fundamentais, efetiva a concretização do direito, vez que o retira do campo da mera literalidade da lei escrita, passando a aplica-lo à uma situação concreta por consequência dá uma atuação mais ativa aos aplicadores do direito, ou seja, um maior desenvolvimento ao judiciário.

Acerca da concretização do direito como papel da jurisdição democrática constitucional atual, em contribuição com o aumento do poderio judiciário e em decorrência do processo de judicialização, deu-se à interpretação um papel imprescindível, principalmente em razão do novo “pensar constitucional”⁷⁰ estar

⁶⁹ LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais poderes.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 59.

⁷⁰ Nomenclatura utilizada por André Ramos Tavares em sua obra “A Constituição Aberta”, in: Revista latino-americana de estudos constitucionais. n.8. Fortaleza: Demócrito Rocha, 2008.

voltado ao bem comum e não mais aquele pensamento individualista ligado à época liberal.

A atividade interpretativa detém, pois a estratagemas de dizer o direito além da norma, não esgotando seus fins, mas adequando a cada caso concreto apresentado, tarefa esta que foi dada ao judiciário. Voltando um pouco ao pós segunda guerra, diante de um cenário em que ao executivo e legislativo dava-se pouca credibilidade, foram deslocadas para as mãos dos juízes situações cuja resolução não fora apresentada (ou não se confiava) pelos demais poderes.

A era da judicialização da política nasce da descredibilidade da própria sociedade para com os demais poderes, e a justiça, nas palavras de Antonie Garapon⁷¹, com seus princípios de “[...] *imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumentação, etc.*”, abrilhantou os olhos da coletividade, pois “*O juiz- e a constelação de representações que gravitam à sua volta- confere à democracia as imagens capazes de dar forma uma nova ética da deliberação colectiva*”.

O mesmo autor menciona ainda que em países onde a política está viciada (ele menciona a Itália, mas também pode-se falar no Brasil), o papel da justiça passa a ser mais importante, tendo em vista a descredibilidade dada aos demais poderes políticos, mencionando que “*O direito tornou-se a nova linguagem através da qual é possível formular os pedidos políticos que, desapontados, se voltam agora, em grande número, para a justiça.*” (GARAPON, 1996, p.36).

Ainda sobre as causas relativas à ocorrência do fenômeno da judicialização da política: Ernani Rodrigues de Carvalho⁷², cita as explicações de C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder quanto a judicialização nos países desenvolvidos (em especial, nos Estados Unidos); cita também as de Boaventura de Souza Santos, referindo-se aos países em desenvolvimento e subdesenvolvidos, mencionando ainda, Perfecto Andres Ibañez quanto a forma que se deu o referido fenômeno, posicionamentos estes trazidos à presente narrativa, respectivamente:

⁷¹ GARAPON, Antonie. **O guardador de promessas**: Justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 42.

⁷² CARVALHO, Ernani Rodrigues. EM BUSCA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL: APONTAMENTOS PARA UMA NOVA ABORDAGEM. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004. Biblioteca Digital de Periódicos da UFPR. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/3699/2949>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

[...] desenvolvimento da revisão judicial e consequentemente do poder judicial é a recente influência da Ciência Política (teoria) e da própria jurisprudência dos tribunais nos Estados Unidos.

[...] Além disso, há também perspectivas que atrelam a judicialização da política a interesses econômicos globais (por exemplo, SANTOS, 2001, p. 127). Baseado em dados do Banco Mundial, o autor conclui que foi preciso conhecer o fracasso do Estado na África, o colapso das ditaduras na América Latina e o desmantelamento do Leste europeu para concluir-se que sem um enquadramento jurídico sólido, sem um sistema judicial independente e honesto, os riscos de um colapso econômico e social são enormes.

[...] Outros especialistas, como Ibañez (2003), alertam também para uma mudança de comportamento jurisprudencial dos tribunais. Estes passaram a atuar nos vazios institucionais deixados pelos poderes representativos. Essas alterações foram impulsionadas pelas mudanças interpretativas das escolas jurídicas (crise do Positivismo Jurídico), pela delegação e/ou omissão dos poderes Executivo e Legislativo, pelo aperfeiçoamento das instituições judiciárias (como, por exemplo, a criação dos conselhos da magistratura), pela crescente pressão da sociedade civil e, sobretudo, pela constitucionalização dos direitos fundamentais.

No tocante à ocorrência progressiva da judicialização no Brasil, esta é atribuída a muitos fatores, como anteriormente mencionado, fala-se: do processo de redemocratização do país, da constitucionalização de direitos, descredibilidade nos demais poderes políticos e imparcialidade do judiciário perante as questões que lhes são apresentadas, ou seja, o próprio constitucionalismo contemporâneo é causa para o referido fenômeno.

No pensamento dos prováveis “motivos” da judicialização, Mônia Clarissa Henning Leal e Felipe Dalenogare Alves imputam uma “abordagem centrada nos poderes políticos”⁷³, uma vez que estes mesmos poderes (em especial, o legislativo), para eximirem-se da responsabilidade sobre determinado assunto, reconduzem ao judiciário; foi o que ocorreu com o tema das uniões homoafetivas. Essa matéria será melhor discutida adiante, cuja tutela legislativa se buscou durante muito tempo, mas que devido aos diversos interesses políticos, econômicos e religiosos envolvidos, nunca foi legalmente resolvida, sendo cedido às mãos do judiciário a tomada da decisão concreta.

⁷³ LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 70.

A Constituição Federal de 1988, como já fora mencionado, contribuiu bastante para o fortalecimento do judiciário e o aumento da sua credibilidade, o que pode ser verificado nas disposições trazidas no artigo 102, inciso II⁷⁴, que permite que o Tribunal Constitucional Brasileiro julgue processos que não são de sua competência originária, mas que podem ser trazidos à sua apreciação.

Segundo esta mesma linha de reconhecimento de direitos mediante a judicialização, a Carta Magna brasileira trouxe dispositivos que deram ao Direito de Família uma nova roupagem, excluindo os anteriores preconceitos patriarcais e machistas, supressões que foram suficientes a reconhecer novas formas de família, como a monoparental⁷⁵ (artigo 226, § 4º da Constituição Federal⁷⁶), bem como (e atualmente) a homoafetiva, que embora não possua dispositivo constitucional específico tratando desta nova formação familiar, a mesma fora reconhecidamente válida mediante julgamento da ADI nº 4.277/DF⁷⁷ de 2011 pelo STF, assunto que será tratado mais adiante.

Conforme narrado, a judicialização no Brasil foi favorecida ou iniciada, no pós Constituição Federal de 1988, que em defesa dos direitos fundamentais individuais e coletivos, alterou diversos dispositivos legais anteriormente em vigor, dentre eles o Código Civil, até então de 1916, emergindo direitos com substratos mais igualitários. No que concerne à área de direito de família, o judiciário, através dos poderes que a Constituição lhes conferiu, jurisprudencialmente (efetivando a tão debatida judicialização) modificou e ainda vem modificando aplicações legais ao mundo real.

Conforme mencionado por Maria Berenice Dias, em sua obra “Manual do Direito das Famílias”⁷⁸ a Constituição Federal de 1988 instaurou a igualdade entre o homem e a mulher, reconheceu a união estável como entidade familiar retirou

⁷⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 jan. 2018.

⁷⁵ Segundo Maria Berenice Dias, em sua obra **Manual de Direito das Famílias** (2017), são aquelas famílias formadas por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁷⁶ O § 4º do artigo 226 foi inserido na Constituição Federal através da Emenda Constitucional nº 65 de 2010.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF de 05.05.2011**. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em: 25 jan. 2018.

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3.ed.em e-book baseada na 12.ed. impressa. Não paginado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

nomenclaturas e conceitos que causavam mal-estar, modificando a visão e sobretudo as formas de constituição familiar brasileira.

Em que pese a Constituição de 1988 tenha trazido um capítulo específico para tratar a respeito desse tema (Capítulo VII- artigos 226 a 230) os “tipos” familiares ali previstos não compõem um rol taxativo, podendo a todo tempo surgirem novas formas de entidades de parentesco como ocorreu com o reconhecimento das famílias monoparentais, pluriparentais e por último (mas não o último tipo) as homoafetivas. Em relação a esta possibilidade de ampliação pela Constituição, Sérgio Resende de Barros⁷⁹, menciona

Eis aí como a “mens legislatoris” fundiu a “mens legis” na elaboração da Constituição Brasileira de 1988. Claramente se vê que uma tal mentalidade constituinte e a mente por ela constituída na Lei Maior, ainda que de modo expresse não hajam albergado outras formas de entidade familiar, não virão a opor-se ao reconhecimento legislativo, ou ao menos doutrinário e jurisprudencial, de novas formas de entidade familiar não previstas na enumeração constitucional do artigo 226 e seus parágrafos, tais como a família anaparental, que se lastreia no afeto familiar, mesmo sem contar com a presença de pai ou mãe, e a família homoafetiva, que também se lastreia no afeto familiar, mesmo sem conjugar um homem com uma mulher.

A possibilidade de uma situação fática ser tutelada pelo direito sem que para tanto haja uma norma positivada, ou a alteração da interpretação de uma norma escrita abrangendo ou restringindo seu alcance através da jurisprudência, é algo que tem ocorrido no Brasil e que pode ser tratado como judicialização da política ou como ativismo judicial. No entanto, a depender da forma que se apresentaram os fatos e da maneira (e motivos) que se deu a resposta judicial é que vai se conseguir apurar se o que houve foi o fenômeno de judicialização da política ou de ativismo judicial.

Um interessante caso no direito de família, em que a norma positivada foi alterada, porém, a interpretação jurisdicional vai de encontro a esta norma, refere-se ao caso da Emenda Constitucional nº66/2010, em que foi abalada a condição de separação judicial para reconhecimento do divórcio, alterando o art. 226, §6º da Constituição Federal de 1988⁸⁰.

A doutrina vanguardista, encabeçada por Maria Berenice Dias e com respaldo do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), entendem que todas as formas

⁷⁹ BARROS, Sérgio Resende. Direitos humanos da família: Dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Direito de família e psicanálise rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 151.

⁸⁰ § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

atinentes ao instituto de separação judicial foram implicitamente revogadas e que todas as ações de separação judicial propostas pós 14.07.2010 devem ser julgadas sem apreciação do mérito por carência de ação em razão da impossibilidade jurídica do pedido⁸¹.

Em contrapartida, para outra corrente mais conservadora, pela qual envereda o Desembargador do Rio Grande do Sul, Luiz Felipe Brasil Santos, a Emenda Constitucional em nada alterou o direito de família, tendo sido retirado apenas os prazos para concessão do divórcio.

Foi exatamente em consenso com esta parte conservadora da doutrina que ocorreu o julgamento do Recurso Especial nº 1.247.098/MS⁸², pela 4ª Turma do STJ, em 14.03.2017, em que a Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, entendeu que a separação judicial ainda estaria em vigor e que as partes poderiam dela se utilizar no tocante aos deveres de coabitação, fidelidade e regime de bens; o que causou enorme indignação do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), conforme narrou⁸³ o Presidente do referido instituto:

O advogado e presidente do IBDFAM, Rodrigo da Cunha Pereira, concorda que a decisão de hoje representa uma regressão ao direito das famílias. “O texto constitucional com a promulgação da EC nº 66/2010, acabou com todo e qualquer prazo para o divórcio, e tornou a separação judicial e as regras que a regiam incompatíveis com o sistema jurídico. Se o texto do § 6º do artigo 226 da CR/1988 retirou de seu corpo a expressão 'separação judicial', como mantê-la na legislação infraconstitucional ou na interpretação dada pelos tribunais? É necessário que se compreenda, de uma vez por todas, que a hermenêutica Constitucional deve ser colocada em prática, e isso compreende suas contextualizações política e histórica”, afirma.

⁸¹ Entendimento narrado por Maria Helena Diniz, em sua Obra “Curso de Direito Civil Brasileiro” 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 270.

⁸² RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10. DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. SUBSISTÊNCIA. 1. A separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento pelos cônjuges (Código Civil, arts. 1571, III e 1.577). O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio (Código Civil, arts. 1571, IV e 1.580). São institutos diversos, com consequências e regramentos jurídicos distintos. 2. A Emenda Constitucional nº 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial. 3. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1247098 MS 2011/0074787-0, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 14/03/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/05/2017).

⁸³ IBDFAM, Assessoria de Comunicação do. **STJ publica decisão que significa grande retrocesso para o Direito das Famílias no Brasil**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 22 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6232/STJ+publica+decis%C3%A3o+que+significa+grande+retrocesso+para+o+Direito+das+Fam%C3%ADlias+no+Brasil>> Acesso em: 27 jan. 2018.

No caso mencionado, resta evidente a força que possui cada dia mais o judiciário, ou o que se pode também chamar de judicialização da política, tendo em vista que são as decisões judiciais que vem dizendo o que vale ou o que não vale da legislação, se a mesma deverá ser seguida ou não. No caso da revogação ou não da separação judicial, pode-se dizer que houve uma judicialização às avessas, tendo em vista que embora o judiciário não tenha tomado para si o exercício de qualquer poder político, através de suas decisões, ignorou a supressão feita pela Emenda Constitucional nº 66/2010.

No tocante ao assunto acima explanado acerca do poder das decisões judiciais no Brasil, se faz necessário explicar que embora, em 2017 o Superior Tribunal de Justiça tenha decidido pela aplicabilidade dos artigos do Código Civil referentes à separação judicial, entre 2010 a 2015, entendia pela revogação do referido instituto, como se pode verificar no julgamento do REsp: 1483841/RS⁸⁴. Ainda em relação a este assunto, é válido mencionar que o Supremo Tribunal Federal, em seu papel de tribunal constitucional brasileiro, entende que a alteração do art. 226, § 6º da Constituição Federal revogou tacitamente⁸⁵ o instituto (e artigos do código civil) relativos à separação judicial.

Porém, nenhum caso de judicialização dentro do direito de família teve tão grande repercussão quanto ao que se referiu ao julgamento das ADPF nº 132/RJ recepcionada parcialmente como a ADIN nº 4.277/DF, ambas de 2011, que julgaram e reconheceram por unanimidade a união estável homoafetiva, decisão esta vista por alguns como ativista, por outros, como uma forma de interpretação evolutiva da Constituição, o que será mais bem explanado a seguir.

2.2 ATIVISMO JUDICIAL E A BUSCA DOS CASAIS HOMOAFETIVOS POR SEUS DIREITOS COMO FAMÍLIA

Abordar dois polêmicos temas como o ativismo judicial e a homoafetividade sem que antes seja explicado o nascedouro de cada um dos termos, é como tentar

⁸⁴ STJ - REsp: 1483841 RS 2014/0058351-0, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 17/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/03/2015.

⁸⁵ Sobre a revogação tácita, ficou decidido pelo STF no Agravo de Instrumento nº: 851849 RS, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 23/04/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-099 DIVULG 24-05-2013 PUBLIC 27-05-2013, que "A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as."

dormir, sem antes fechar os olhos. Em assim sendo, expliquemos o que se entende por cada tema e, no decorrer deste título, explicar-se-á de que forma e por qual motivo um se liga ao outro.

Em primeiro lugar, sobre o que seria ativismo judicial, é válido mencionar, apenas a título ilustrativo, alguns conceitos com os quais a presente narrativa concorda, de juristas que tratam de forma muito específica o referido tema:

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)⁸⁶.
[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios⁸⁷.

No que concerne à homoafetividade, o termo foi cunhado por Maria Berenice Dias no ano 2000, na primeira edição da sua obra “Homoafetividade e direitos LGBTI”, a nomenclatura é especificada novamente na 7ª edição da referida obra⁸⁸ ensinando como se formou a referida expressão:

Homoafetividade- neologismo criado para evidenciar que os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, também constituem entidade familiar, pois são identificados pelo afeto, elemento identificador dos relacionamentos merecedores de tutela jurídica.

No mesmo sentir, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti⁸⁹, acerca do que seria uma relação homoafetiva expõe:

[...] relações entre pessoas do mesmo sexo são pautadas pelo amor familiar, ou seja, pelo amor romântico que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura [...].

A união dos dois temas na presente narrativa, deve-se à anterior falta de reconhecimento dos relacionamentos homoafetivos como instituição familiar, entendimento este que foi modificado em razão de uma decisão do Supremo Tribunal

⁸⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.

⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Atualidades Jurídicas (Brasília), v. 11, p.62-106, 2011, p.09 Disponível em: < http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf >. Acesso em: 24 jan. 2018.

⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBTI**. 7.ed.rev., atual. e ampl. . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 49.

⁸⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. 2. ed. rev. e atual.em e-book. Não paginado. Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2012.

Federal, considerado por uns como ativista (sendo este o entendimento desta autora) e por outros, como uma forma alternativa de interpretação da Constituição. É sobre o ativismo como ampliação do poder judiciário em defesa da igualdade de direitos das famílias homoafetivas que será falado a seguir.

2.2.1 O direito ao afeto

Iniciar uma narrativa sobre um possível direito afetivo parece algo que não corrobora com um real direito, no entanto, o que se pretende é falar acerca do direito de se exercitar um afeto e tê-lo reconhecido. É isso que os casais homoafetivos buscaram desde a consolidação da Constituição Federal de 1988.

Relações amorosas formadas por pessoas do mesmo sexo eram vistas pelo direito comercial e não familiar, em que os sujeitos participantes daquelas uniões formavam entre si uma sociedade de fato e não uma família, resvalando, por conseguinte, na negativa (ou dificuldade de aquisição) de direitos previstos na própria Constituição, como alimentos e sucessórios, por exemplo.

Todo o modelo de cultura heterossexual acabou por colocar em guetos sociais aquelas pessoas cuja opção sexual (concepção não só voltada ao erotismo, como também ao afeto) estava voltada para o mesmo sexo que o seu, postura essa que acabou sendo reproduzida no mundo do direito.

Em 1981 a Corte Europeia de Direitos Humanos de Estrasburgo, reconheceu que a lei Irlandesa do Norte que criminalizava atos homossexuais masculinos seria uma interferência na vida privada dos indivíduos e em defesa da tolerância, liberdade e democracia deveria ser revogada; já em 1989 a Dinamarca foi o primeiro país a reconhecer as relações homossexuais, permitindo o registro civil das uniões destes casais e 10 anos depois (em 1999), foi o primeiro país do mundo a reconhecer o direito destes parceiros à adoção⁹⁰.

No Brasil, porém, em que pese o atual reconhecimento e consentimento jurisdicional e “legal” das uniões estáveis e casamentos homoafetivos, somente em 1995 é que foi proposto o primeiro projeto de lei relativo a disciplinar as relações civis entre pessoas do mesmo sexo, submetido pela então Deputada Martha Suplicy. O

⁹⁰ As informações descritas estão citadas em: DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e direitos LGBTI. 7.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2016. p. 84-93.

referido Projeto de Lei nº 1.151/1995⁹¹, no entanto, nunca deixou de ser um mero projeto, tendo sido formada uma comissão especial para sua apreciação em dezembro de 1996, porém, ficou 05 anos em pauta para discussão na câmara dos deputados, o que nunca ocorreu, sendo arquivado após este período.

Entre as décadas de 1980 e 1990, o que existia no Brasil eram os chamados “Parcerias domésticas registradas⁹²” as “PDR’s”, que eram contratos celebrados entre os conviventes homossexuais, cuja realização tinha como objetivo precípua a proteção patrimonial aos pactuantes, ou seja, nada era relacionado a um caráter afetivo.

Ausente sempre esteve a legislação relativa ao reconhecimento dos casais e famílias formadas entre pessoas do mesmo sexo, porém, jamais faltou o fator primordial ao estabelecimento destas relações, o afeto, tendo sido este a mola propulsora para a ampliação do direito de família. Passou-se a não mais refletir tão somente os interesses parentais, patrimoniais, conjugais e assistenciais, mas também preceitos de cooperação, solidariedade e porque não repetir, afetividade.

A constitucionalização do direito civil trouxe uma nova realidade ao direito de família, trazendo a ele uma visão eudemonista⁹³, tendo o afeto como elemento de formação, o que foi considerado, inclusive, na fundamentação do Ministro do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4.277/2011⁹⁴, cujo trecho encontra-se a seguir narrado:

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional.

⁹¹ Projeto contido ao final da presente pesquisa, como Anexo I.

⁹² O autor Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros, em sua obra “A constitucionalidade do casamento homossexual” é quem fala a respeito da existência destas parcerias domésticas registradas.

⁹³ Novo conceito de família que considera a felicidade individual ou coletiva fundamento da conduta humana.

⁹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF de 05 de maio de 2011.** p. 611. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>> Acesso em: 31 Jan. 2018.

A aferição do Código Civil passou a ser pautada pela Constituição de 1988, ao tempo da promulgação daquela, ainda vigorava a Lei civil paternalista e latifundiária de 1916, que vigorou por 14 anos antes de entrar em vigor o Código Civil de 2002. A mudança da lei civil mostrou a necessidade de sua adequação aos preceitos de direitos fundamentais previstos na “nova” Constituição, até porque dentro da sociedade brasileira pós-1988 não mais cabia uma postura individualista da antiga sociedade liberal de 1916, mas um caráter pluralista e pautado, sobretudo, na dignidade de cada indivíduo tutelado pelo Estado.

No que tange ao direito de família, a lei civil brasileira relativizou o caráter econômico, procriacional e religioso das uniões domésticas, levando em consideração a solidariedade, respeito entre seus membros e especialmente o amor entre seus componentes, por conseguinte acabou ampliando o número de grupos denominado como “famílias”. Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lobo, *“Hoje, a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida.”*⁹⁵

O mesmo estudioso, noutra obra de sua autoria⁹⁶ explica que, embora as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo não precisem necessariamente de lei que as regule tendo em vista a auto aplicabilidade do artigo 226 da Constituição Federal, desde que apresentem relações que envolvam afetividade, estabilidade e ostensividade, carecem do reconhecimento como família.

O afeto passou de algo metafísico para um caráter tangível em forma de princípio jurídico que corrobora com a dignidade da pessoa humana, esteio da Constituição Federal de 1988. É válido mencionar que, apesar da Magna Carta Brasileira não disciplinar o termo “afeto” ou “afetividade” como requisito das relações familiares, outras leis infraconstitucionais trazem o referido substantivo como constituinte de relações familiares dignas de tutela jurídica, a exemplo da Lei Maria da

⁹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil. **Revista da Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999. p. 104. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 31 Jan. 2018.

⁹⁶ . **ENTIDADES FAMILIARES CONSTITUCIONALIZADAS: PARA ALÉM DO NUMERUS CLAUSUS**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 Jan. 2018.

Penha (Lei nº 11.340/2006)⁹⁷, Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 11.698/2008)⁹⁸ que modificou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil.

Diante do pluralismo jurídico contido na conjuntura jurisdicional pós 1988, da proteção e fundamentalização de direitos inerentes ao homem, da constitucionalização das relações de direito privado e da busca pela concretização dos direitos fundamentais, é que se pode elevar o afeto à elemento fundamental ao estabelecimento das relações familiares e, no caso em apreço, na fixação das uniões homoafetivas como componente do conceito das novas famílias brasileiras.

Foi e é o afeto que cria e quebra laços, relações, uniões, casamentos; seja de irmão com irmão, de pais e filhos, de amigos conviventes sob um mesmo teto, de conviventes românticos sejam eles homem e mulher, homem e homem, mulher e mulher; enfim, nas palavras de Maria Berenice Dias, “É o afeto que conjuga”⁹⁹.

2.2.2 O reconhecimento judicial da união homoafetiva: uma questão sobre ativismo.

A expressão “ativismo”, segundo Glauco Salomão Leite, foi utilizada a primeira vez por Arthur Schlesinger Jr. em 1947, na revista *Fortune*, em que o referido escritor falava sobre as divisões ideológicas entre os membros da Suprema Cortes norte-americana, qualificando como juízes ativistas o grupo de julgadores que desempenhavam [...] *um papel afirmativo na expansão dos direitos individuais e na promoção do bem-estar social, cabendo-lhe exercer o poder judicial para alcançar resultados socialmente desejáveis*¹⁰⁰. Schlesinger, no entanto, entendia uma posição ativista do judiciário como perigosa à democracia e sugeriu que o ativismo se restringisse à proteção de direitos e liberdades individuais.

⁹⁷ Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...] III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

⁹⁸ Art. 1º Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

[...] § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e direitos LGBTI*. 7.ed.rev., atual. e ampl. . São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 135.

¹⁰⁰ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 36

Desde esta época, porém, julgados com traços voltados ao subjetivismo dos juízes e principalmente ligados a decisões com conteúdo político e/ou moral, eram entendidos como ativistas, termo este, desde aquele tempo, usado de forma pejorativa e para criticar e questionar a atuação dos magistrados. Há de se lembrar, entretanto, que antes da utilização da referida expressão para adjetivar determinado grupo¹⁰¹ da Suprema Corte norte americana, atribuiu-se ao famoso *Marbury vs. Madison* e à prática do *judicial review*, como a primeira decisão ativista que se tem notícia, ocorrida em 1803.

Todavia, há de se recordar que o mesmo episódio supracitado, ocorrido no Século XIX, é apresentado também como o primeiro caso de judicialização da política, os dois institutos não são a mesma coisa, mas são parecidos.

A judicialização é o fenômeno, o ativismo é a ação que pode vir a legitimá-lo. O primeiro, ocorre quando o judiciário alarga suas funções, chamando para si a resolução de conflitos de ampla repercussão jurídica, mas que foram ignoradas (independente do motivo) pelos demais poderes. Enquanto isso, o segundo (ativismo), seria uma postura proativa adotada pelo judiciário, ampliando o alcance interpretativo da Constituição Federal, visando efetivar direitos cuja tutela se pleiteou. Acerca da referida diferenciação e similitudes, Luís Roberto Barroso¹⁰² há algum tempo já fala:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Assim, o ativismo judicial entra na doutrina brasileira como uma alternativa à inércia política que reside sob o executivo e principalmente legislativo, ao se absterem

¹⁰¹ Grupo formado pelos juízes Hugo Black e William O. Douglas, em contrassenso ao grupo dos juízes defensores da autocontenção, formado por Felix Frankfurter e Robert Jackson.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%2C%20Lu%C3%ADs%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%2C%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf>. Acesso em: 31 Jan. 2018.

de apresentar uma resposta efetiva aos cidadãos em determinados casos cuja tutela se requer (ou se impõe).

A doutrina se divide entre aqueles que veem a ampliação do poder judiciário, através de decisões entendidas como ativistas, como algo ruim, pejorativo, uma violação à tripartição política de poderes, uma verdadeira usurpação de poder por mero ato de vontade do julgador; e aqueles que entendem esta ampliação de competências como benéfica e necessária em determinados casos, quando os demais poderes políticos não se manifestam (negativa expressa ou implícita), mas cuja necessidade dos cidadãos nunca deixou de existir.

Um dos críticos ao ativismo judicial no Brasil, é Elival da Silva Ramos¹⁰³, que entende posturas ativistas como violadoras à tripartição de poderes. O referido jurista compreende que o Estado Democrático Constitucional reafirmou a separação entre os poderes estatais, e embora esta repartição seja relativa, não pode, cada poder, perder as características materiais que lhes são estritas. Para o referido autor, o ativismo ocorre quando ocorre uma “[...] *ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo*”.

Segundo o jurista, não se pode descaracterizar a função típica do judiciário que é a pacificação de conflitos interindividuais através do processo, pois, independentemente de estar ocorrendo um contencioso objetivo ou subjetivo, haverá um direito objetivo a ser aplicado e uma situação fática que a ele se ajustará. Ou seja, para ele, a situação se amolda ao direito e não o direito à situação, uma vez que, a derrubada dos limites à criatividade jurisprudencial “[...] *implica em deterioração do exercício da função jurisdicional [...] afetando-se, inexoravelmente as demais funções estatais, máxime, a legiferante [...]*”¹⁰⁴.

Outros críticos ao posicionamento ativista que o judiciário pode apresentar, são Clarissa Tassinari¹⁰⁵ e Lênio Streck¹⁰⁶, aquela apresenta o ativismo judicial como um “problema de interpretação”, utilizando-se ainda de uma expressão que atribui a Hans

¹⁰³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetro dogmáticos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.113-123.

¹⁰⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetro dogmáticos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.123.

¹⁰⁵ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p.54-64.

¹⁰⁶ STRECK, Lênio. O que é isto, o ativismo judicial em números?. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 Out. 2013. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>> Acesso em: 05 Fev. 2018.

Kelsen, do ativismo como sendo um “ato de vontade”, ou seja, um posicionamento ativista seria definido como tal a depender da postura (da vontade) do aplicador do direito ao interpretar e é esta postura que vai diferenciar interpretação jurídica de qualquer outro tipo de interpretação, bem como demonstrar os problemas decorrentes disto.

No esteio das mesmas críticas, Streck fala da postura ativista como “*um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas)*”, o referido Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, retrata o ativismo com toda má conotação que o termo e a prática possa remontar, onde questões são postas nas mãos dos juízes que interpretam de acordo com seus subjetivismos, sendo esta sim, uma verdadeira ofensa aos princípios democráticos de direito.

Inclusive, a crítica de Lênio Streck se estende e se manifesta quanto a decisão da ADPF nº 132/RJ em que o STF que foi recebida parcialmente como a ADI nº 4.277/DF que reconheceu as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, que serviu de embasamento para a presente pesquisa, informando que o ativismo da Suprema Corte Brasileira fez o inusitado, julgou a Constituição conforme o Código Civil; o que, corrija-se, jamais ocorreu, tendo em vista que no referido caso, e conforme será tratado mais à frente, foi a lei civil que fora interpretada conforme a Constituição.

Contrariamente a este entendimento acerca do ativismo, André Ramos Tavares¹⁰⁷, apesar da defesa um pouco tímida e sem esclarecer especificamente o que poderia se encaixar como práticas ativistas, defende uma maior atuação jurisdicional para a concretização dos direitos fundamentais.

Na mesma toada de defesa de uma atuação jurisdicional ativista, porém, um tanto quanto mais veemente, Tássia Aparecida Gervasoni e Mônia Clarissa Henning Leal defendem que o ativismo judicial não pode ser entendido unicamente como um comportamento que extrapola os limites jurisdicionais de uma decisão, tampouco como uma atuação invasora dos limites dos poderes legislativo e/ou executivo, até porque, mesmo que se fale em separação de poderes, o poder estatal é uno e indivisível, sendo o judiciário apenas uma parte de sua estrutura organizacional¹⁰⁸.

¹⁰⁷ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰⁸ GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do STF**. Curitiba: Multideia, 2013. p. 96.

As juristas acima mencionadas, em suas explanações, propõem uma derrubada da principal crítica feita ao ativismo, a de que decisões ativistas violariam a separação dos poderes estatais. Para as autoras, não se pode dizer que o judiciário extrapolou sua função, ou invadiu a esfera dos demais poderes políticos quando estes se fazem ausentes em determinados contextos cuja resposta é pleiteada dentro da sociedade.

Para exemplificar e desmitificar a suposta usurpação de poder pelo judiciário, as juristas apresentam o julgamento da ADI nº 4.277/DF que interpretou o artigo 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição, reconhecendo, por conseguinte as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. No caso retratado, cuja apreciação mais detalhada será feita no próximo tópico desta narrativa, não houve qualquer usurpação ou invasão de poder ou competência legislativa, tendo em vista que *“Trata-se de clara aplicação direta da Constituição a hipótese não expressamente contemplada em seu texto, na contramão da determinação expressa do legislador ordinário [...] tem-se caracterizado o “ativismo judicial”*¹⁰⁹.

O ativismo como um modo eficiente e ampliativo (não usurpador) de atuação jurisdicional, configurou-se através da ampliação interpretativa do artigo 1.723 do Código Civil brasileiro, que em conformidade com a Constituição Federal concretizou a fundamentalidade dos direitos excertos em seus dispositivos pós 1988.

Conforme mencionado alhures, as uniões homoafetivas, antes do julgamento da ADI nº 4.277/DF, mesmo tendo como seu substrato o afeto, requisito precípua e já reconhecido como fundamental à conformação de uma família, não eram vistas como tal, o que, por conseguinte retirava dos casais formados por pessoas do mesmo sexo todos os direitos relativos às famílias heteroafetivas.

As famílias homoafetivas sempre existiram, independente da forma que fossem anteriormente chamadas, ou se eram estabelecidas sob o conhecimento de todos ao seu redor, ou não. Algo que também sempre existiu ao seu redor fora o preconceito, que velado ou não, sempre foi suficiente a negar igualdade de direitos e reconhecimento a este grupo vulnerável, contudo a manutenção deste tipo de conduta (juridicamente falando) é que não poderia se perpetrar por mais tempo além do que já havia se estabelecido.

¹⁰⁹ Ibid., p. 100.

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo, depois de um longo período de rechaços e preconceitos, o ideário da igualdade de direitos, de solidariedade entre os indivíduos e de liberdade para se fazer tudo aquilo que não fosse proibido por lei ou por ela própria. Retirar dos casais formados por pessoas do mesmo sexo a possibilidade de terem suas uniões públicas, contínuas e duradouras o reconhecimento e título de uniões estáveis, bem como a possibilidade de sua conversão casamento, traria um retrocesso à Magna Carta Brasileira.

Impende destacar, que o apelo social ao reconhecimento destas uniões não existiu somente na época que fora levado à julgamento a supra referida Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, pelo contrário, desde o ano de 1995 já havia a busca legislativa pelo reconhecimento da parceria civil registrada das uniões homoafetivas com o projeto de lei (PL nº 1.151/1995¹¹⁰) proposto pela então deputada Marta Suplicy. A proposta oferecida pela deputada jamais foi discutida, muito menos votada no plenário da Câmara dos Deputados, atribuindo-se tal omissão principalmente às bancadas fundamentalistas de natureza religiosa reforçadas com àquelas mais conservadoras, que sob um discurso sobretudo preconceituoso, sempre deixou à margem da legislação infraconstitucional a igualdade e reconhecimento dos direitos da população hoje denominada LGBTI¹¹¹.

No caso em apreço houve uma omissão legislativa que estava a prejudicar direitos fundamentais de um grupo de indivíduos que há algum tempo já buscava uma resposta dos poderes estatais quanto ao reconhecimento da sua igualdade de direitos, o que nunca ocorria. Nesta mesma marcha foi que uma situação concreta obrigou o judiciário a decidir sobre um direito não legislado (as causas e o julgamento da ADI nº 4.277/DF serão melhor tratados no próximo tópico), fazendo com que o Supremo Tribunal Federal ampliasse seu fôlego interpretativo de forma a criar um direito, agindo, portanto, por meio de um caráter ativista, o que não significa necessariamente criar uma lei, não devendo assim tal atitude ser compreendida como uma usurpação de poder.

Na verdade, o que ocorreu foi tão somente a ampliação do caráter criativo do poder judiciário, o que é permitido aos Tribunais Constitucionais fazê-lo na busca pela efetividade da justiça. É forçoso lembrar que uma sociedade democrática embasada em preceitos constitucionais, e mais ainda, em direitos fundamentais, não pode deixar

¹¹⁰ Texto nos Anexos

¹¹¹ A sigla refere-se a Lésbicas, Gays, bissexuais, transexuais e intersexuais.

engessada a atuação dos aplicadores do direito sob o risco de não acompanhar as mudanças sociais que vierem a ser-lhes apresentadas.

Assim, o ativismo efetivado pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas reflete a concretização de um direito à igualdade entre os casais formados entre pessoas do mesmo sexo e de sexos diferentes, o que não perfaz uma violação de poderes, mas uma demonstração de unicidade de poder Estatal na concessão de uma resposta buscada por um grupo de indivíduos.

Além disso, o Tribunal Constitucional Brasileiro apenas enxertou o proposital vazio legislativo existente relativo ao tema do reconhecimento das famílias homoafetivas, entretanto, a favor da ampliação da criatividade judiciária em detrimento da ausência legislativa, já disse jurista Mauro Cappelletti¹¹², “[...] *quanto mais vaga a lei e mais imprecisos elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais.*”

2.3 O JUDICIÁRIO RECRIANDO O DIREITO: UMA RESPOSTA JURÍDICA DIANTE DA INÉRCIA LEGISLATIVA

Tema relutante e cada vez mais presente no debate acadêmico é aquele que trata do poderio judicial frente aos demais poderes estatais. Até onde pode ser aceito este crescimento vertente, quais os motivos deste crescimento, qual a necessidade imposta pela sociedade para esta elevação da preferência à judicialização e principalmente, quais as consequências ocasionadas pelo abarrotamento do “jugo” do judiciário em decorrência da necessidade de respostas sociais?

Quem dera este trabalho pudesse responder a todos estes questionamentos de forma abrangente, porém, se propõe a apresentar quão importante foi este crescimento jurisdicional na concretização do direito à igualdade de condições familiares aos casais formados entre pessoas do mesmo sexo.

Durante toda esta narrativa falou-se da dificuldade na concretização dos direitos fundamentais relativos aos casais formados por pessoas do mesmo sexo, principalmente em decorrência da ausência legislativa em reconhecê-los como instituição familiar.

¹¹² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.Reimpressão, 1999. p.42

Em que pese a omissão legislativa levada à cabo durante tantos anos, a luta do grupo LGBTI pela igualdade de direitos (não só familiares como noutros campos) não parou, e dia após dia o ordenamento jurídico positivado foi amoldando-se às novas realidades sociais pungentes, vez que o Estado Democrático e Constitucional não pode ficar atado a ser a simples “boca da lei”, conforme previu Montesquieu.

A Constituição Federal de 1988 reprimiu todo e qualquer tipo de discriminação, na qual o caput do artigo 5º deixa muito claro que todos são iguais perante a lei, e visando pôr em prática a igualdade de direitos sexuais entre casais heteroafetivos e homoafetivos, em 1995 foi proposto o primeiro projeto de lei brasileira visando reconhecer civilmente as uniões homoafetivas, muito embora jamais tenha sido levado à plenário, o que já fora aqui mencionado.

O referido projeto de lei proposto, não foi apreciado pelas casas legislativas brasileiras, contudo, serviu de porta para vários atos legiferantes surgirem em favor do grupo LGBTI. As normatizações que foram surgindo, são trazidas por Maria Berenice Dias em seu livro “União Homoafetiva: o preconceito & a justiça”¹¹³, sendo abaixo mencionadas algumas normatizações infralegais criadas em contrapartida à ausência legislativa atinente ao reconhecimento familiar homoafetivo:

1. Resolução 1/1999 do Conselho Federal de Psicologia, de 22/03/1999 que já estabelecia normas de atuação para psicólogos em relação à orientação sexual; Instrução Normativa 25/2000 do INSS de 07/06/2000, que estabelece por força judicial, procedimentos para concessão de benefícios previdenciários o companheiro ou companheira homossexual;
2. Resolução 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina, de 06/11/2002, que dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo;
3. Provimento 6/2004 da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 17/02/2004, que incluiu um parágrafo único no artigo 225 da Consolidação Normativa Notarial Registral do Estado, autorizando o registro da união estável entre pessoas do mesmo sexo;
4. Circular 257/2004, da Superintendência de Seguros Privados do Ministério da Fazenda, de 21/06/2004, que regulamenta o direito do companheiro ou companheira homossexual à percepção de indenização (Seguro DPVAT) em caso de morte do outro, da mesma forma que os companheiros heterossexuais;

¹¹³ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4.ed.rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.257-299.

5. Resolução 489/2006, do Conselho Federal de Serviço Social, de 06/6/2006, que estabeleceu normas vedando condutas discriminatórias ou preconceituosas, por orientação e expressão sexual por pessoas do mesmo sexo, no exercício da profissão de assistente social;
6. Resolução 39/2007, do Conselho Nacional de Justiça, de 14/08/2007, dispondo sobre a dependência econômica no âmbito do Conselho Nacional de Justiça;
7. Resolução Normativa 77/2008, do conselho Nacional de Imigração, de 29/01/2008, que dispõe critérios para a concessão de visto temporário ou permanente, ou de autorização de permanência, ao companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo;
8. Portaria 1.707/2008 do Ministério da Saúde, de 18.08.2008, que instituiu no Sistema único de saúde (SUS), o processo transexualizador a ser implantado nas unidades federadas, respeitando as três esferas de gestão;
9. Proposta de Emenda à Constituição nº 66 de 2003, propunha acrescentar à redação dos artigos 3º, inciso IV e 7º, inciso XXX, dentre várias expressões, as seguintes: “orientação e expressão sexual”, atualmente encontra-se arquivada segundo o Regimento Interno da Câmara dos Deputados¹¹⁴;
10. Proposta de Emenda à Constituição nº 70 de 2003, propunha alteração do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, para permitir a união estável entre casais homossexuais; atualmente encontra-se arquivada¹¹⁵;

Além dos atos normativos acima mencionados, a autora sulista traz ainda em sua obra “Homoafetividade e direitos LGBTI”, uma lista¹¹⁶ de projetos de lei que se referem à garantia de direitos deste grupo social, especificando todas as propostas legislativas das antigas às mais novas acerca do tema na busca pela igualdade material de direitos.

A exposição de todos atos normativos mencionados é uma forma de deixar evidente a necessidade que sempre existiu de regulamentação e reconhecimento de direitos voltados aos cidadãos enquadrados como homossexuais, alguns dos casos,

¹¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 66 de 2003**. Dá nova redação aos arts. 3º e 7º da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117100>>. Acesso em: 08 Fev. 2018.

¹¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 70 de 2003**. Altera o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, para permitir a união estável entre casais homossexuais. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/61093>> Acesso em 08 Fev. 2018.

¹¹⁶ A referida lista encontra-se nos Anexos ao final desta pesquisa.

já existindo, inclusive, desde 2004, o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul favorável ao reconhecimento civil das uniões estáveis formadas por pessoas do mesmo sexo.

Contrariamente à necessidade social de uma resposta ao reconhecimento das uniões familiares homoafetivas foi que o legislativo remou, recuando ao posicionar-se sobre o tema, ou sendo propositalmente omissivo, a fim de, quem sabe, em algum momento, a querela pudesse ser resolvida pelo judiciário, o que de fato ocorreu.

Assim, o tão esperado momento chegou, e em 05 de maio de 2011, foi julgada a ADI nº 4.277/DF, gerada a partir do recebimento parcial da ADPF nº 132/RJ proposta pela Advocacia Geral da União, em virtude do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei nº 220/1975), em seus artigos 19 e 32, incisos I a X, não estender interpretativamente às famílias formadas por pessoas do mesmo sexo os benefícios dados às famílias e dependentes dos servidores formadas por pessoas de sexos opostos.

Naquele momento, foi apresentado ao judiciário uma questão gerada da evolução e necessidade social de regulamentação de um fato da vida cuja abstenção o poder legislativo insistiu em manter, cabendo ao Tribunal Constitucional Brasileiro “[...] a tarefa de ultrapassar o papel tradicional de decidir conflitos de natureza essencialmente privada”¹¹⁷.

É sabido que o judiciário não pode se esquivar de ofertar um provimento jurisdicional suficiente a resolver uma pretensão que a ele foi apresentada, ainda que a tutela pleiteada não possua qualquer tipo de embasamento normativo positivado. No caso do reconhecimento das uniões homoafetivas como família, suficientes a configurar a denominada “união estável”, o Supremo Tribunal Federal foi ativista, tendo atuado de forma proativa e expansiva no momento que interpretou conforme a Constituição o artigo .1723 do Código Civil, recriando o Direito.

É verdade que este processo de produção jurisprudencial do direito foi necessário (em virtude da inércia do poder legislativo brasileiro) e abrangente, principalmente em relação ao reconhecimento da igualdade de direitos tão buscada pela comunidade LGBTI. Legitimando os benefícios de um comportamento ativista

¹¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.Reimpressão,1999. p. 49.

como o que fora efetivado pelo Supremo Tribunal Federal na decisão da ADI nº 4.277/DF, jurista italiano Mauro Cappelletti narra:

Certamente é verdade constituir a criação jurisprudencial a forma de produção do direito em que podem ter interesse muitas pessoas, e não apenas as partes do caso concreto. Neste sentido, também o direito criado pelos juízes baseia-se numa “audiência” (“hearing”) incompleta dos interesses envolvidos. Permanece, contudo, o fato de que, pela própria natureza do processo jurisdicional, a criação jurisprudencial do direito mostra-se lenta, gradual e experimental. Outros sujeitos interessados, senão ouvidos hoje podem sê-lo amanhã; e um juiz será capaz de corrigir, melhorar e modelar um “direito” que nunca se mostra inteira e definitivamente “feito”.

O caso do reconhecimento das uniões homoafetivas demonstrou de forma muito clara as duas faces da moeda do ativismo judicial, havendo fundamentações reconhecendo a decisão como ativista, e como não-ativista, dentre as quais o termo ora se apresenta como uma virtude, ora como uma mancha à qual não se quer imprimir no texto decisório.

É preciso, porém, afastar o caráter pejorativo do termo “ativismo” e se ter em mente que um juízo ativista não é aquele que viola os limites dos demais poderes, nem atua além dos limites constitucionais. No caso do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas não houve qualquer tipo de violação à Constituição, ao revés, interpretou-se criativamente o artigo do Código Civil de acordo com a Magna Carta brasileira.

Embora o enquadramento de uma decisão como ativista ou não ativista ainda seja algo sombrio na jurisdição brasileira, é importante a ideia proposta por Barroso¹¹⁸ de que “ser ativista” associa-se a um conceito de maior participação, ampla e intensa do judiciário na concretização dos direitos fundamentais, com uma maior interferência e atuação no espaço destinado aos demais poderes. Foi justamente isto que ocorreu com o julgamento da ADIN nº 4.277/DF, que ampliou o conceito de “família” sem a necessidade de o legislativo fazê-lo, ao contrário, criou um novo conceito de acordo com a lecionada e positivada igualdade constitucional de direitos.

A decisão que concedeu o reconhecimento como família aos casais homoafetivos apresenta-se como ampliadora dos preceitos constitucionais por alguns dos ministros do STF, o que por consequência daria à decisão um caráter ativista,

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil Contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p.225-270.

denominação esta que não é combatida por aqueles que entenderam que deveria ocorrer uma interpretação criativa do Código Civil conforme o ideal de igualdade trazido pela Constituição.

O Ministro Relator, Carlos Ayres Brito tomou a proteção à família e o próprio conceito de família, como o preceito maior a ser considerado, tendo em vista que o caput do artigo 226 da Constituição Federal fala da proteção da família pelo Estado sem fazer qualquer distinção de gênero ou forma de constituição, explicando que as determinações de gênero trazidas no texto magno deveram-se somente ao anseio de colocar as mulheres em igualdade com os homens, tendo em vista que até 1962 as mulheres eram consideradas incapazes.

A explicação dada pelo Ministro, inclusive, elide o posicionamento de outros magistrados da Corte Constitucional brasileira, naquele mesmo julgamento entendem não haver qualquer interpretação criativa, uma vez que o legislador constituinte, ao inserir no texto constitucional que as famílias são formadas pelo casamento ou união estável entre homem e mulher, teve a vontade de disciplinar a matéria desta exata maneira, não estendendo às pessoas do mesmo sexo esta possibilidade, que haveriam de ter seu direito à igualdade material reconhecida de outra forma que não através da interpretação conforme a Constituição.

Um dos Ministros que entenderam da forma acima narrada foi Gilmar Mendes, que embora tenha concordado e votado a favor do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, criticou seu reconhecimento sob a forma de “interpretação conforme” pois segundo ele, este tipo de interpretação gera diversas controvérsias em razão dos limites da sua utilização. No tocante a estes limites, foi dito pelo Ministro

Eles resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme a Constituição, por isso, é apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e se não alterar o significado do teto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador¹¹⁹.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF de 05/05/2011**. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p.731. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em 09 Fev. 2018.

Porém, entender o reconhecimento das famílias homoafetivas pela via da literalidade da norma Constitucional e não pela extensividade de sua interpretação, traz um congelamento e retração aos direitos contidos na Constituição Federal.

O impasse que permeou o julgamento da ADI nº 4.277 se mostra em torno de enquadrar a decisão como ativista ou originalista, enquadrando-se na primeira, a decisão vai preencher um vazio legislativo; reportando-se à segunda, não há qualquer vácuo legal, posto que o constituinte originário, quanto às uniões estáveis, desejou abarcar tão somente as relações entre homem e mulher, ou seja, o legislador não foi inerte, o que cabe ser feito é uma colmatação da forma interpretativa, tendo por base uma integração analógica e não criativa conforme a Constituição.

Entender que o constituinte originário ao disciplinar o artigo 226, §3º¹²⁰ quis se apegar à questão de gênero, é desprezar a capacidade ampliadora do texto legal, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais trazidos pela Constituição. Nem a norma nem a decisão podem ficar presas ao estrito conteúdo dos termos normativos, como devidamente narrou Friedrich Müller¹²¹, “[...] a decisão jurídica não se esgota nas suas partes cognitivas. Ela aponta para além das questões ‘hermenêuticas’ da compreensão, no sentido genericamente peculiar que ‘hermenêutica e ‘compreensão têm nas ciências humanas.’”

Considerando, porém o caráter pluralista e solidário da Constituição Federal, não há como se falar que o legislador magno de 1988 teve a vontade precípua de restringir o reconhecimento de novas formas de família. Se este desejo fosse verdadeiro, o texto Constitucional não teria sido alterado pela Emenda nº 65 de 2010, trazendo o parágrafo 4º ao artigo 226 da CF, que reconheceu a existência das famílias monoparentais.

Em salvaguarda da fundamentalidade dos direitos, em especial da dignidade da pessoa humana, igualdade, vedação de discriminações odiosas, liberdade e proteção à segurança jurídica, a decisão do Supremo Tribunal Federal suplementou criativamente a interpretação do Código Civil em conformidade com os referidos

¹²⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹²¹ MÜLLER, Friedrich. **Métodos e trabalho do direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.54.

ditames constitucionais, não sendo a inércia legislativa suficiente a barrar a vitória de um grupo de cidadãos que desde muito tempo só busca a sua igualdade de direitos.

3. HOMOAFETIVIDADE E DIREITO DE FAMÍLIA EM SERGIPE: CASOS NA 2ª INSTÂNCIA

O julgamento da ADI nº 4.277/DF em 05 de maio de 2011 reconheceu ao direito das famílias (embora não de forma positivada) uma nova “espécie” de família brasileira, a homoafetiva. Os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, independentemente da vertente interpretativa considerada, se ativista ou originalista, deram guarida ao amor, à afetividade, à liberdade sexual e principalmente à igualdade de direitos ao grupo LGBTI.

A criatividade do STF pode ser vista como proveniente dos desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, segundo a qual estes direitos, com sua eficácia irradiante, seu dever de proteção e sua organização procedimental, irão fornecer subsídios para uma interpretação infraconstitucional feita conforme a constituição,¹²² ou seja, a condição de direito fundamental prescrito na Constituição deu azo à “interpretação conforme” utilizada de forma criativa pelo Ministro Relator, no momento do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas.

O entendimento jurisprudencial firmado pelo julgamento da ADI nº 4.277 tornou-se vinculativo e deu ensejo, inclusive à Resolução nº 175¹²³ de 14 de maio de 2013, que proibiu a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. O reconhecimento destas uniões familiares, está, portanto, mais que efetivado, porém, à qual linha interpretativa cada tribunal Brasileiro apresenta-se mais inclinado é o desafio a ser verificado.

A pesquisa em apreço não vislumbra explorar as decisões de segunda instância de todos os tribunais estaduais brasileiros, mas, se propõe a analisar como o Tribunal de Justiça Sergipano fundamenta suas decisões relativas à direitos pleiteados por casais homoafetivos, envolvendo suas relações familiares, visando apresentar ao final, qual o perfil do Judiciário Sergipano neste toar.

¹²² Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra “Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional” (2012), fala a respeito de três desdobramentos dos direitos fundamentais dentro de uma perspectiva objetiva, quais sejam, direitos fundamentais e sua eficácia irradiante, seu dever de proteção e seu poder vincular a aplicação e interpretação das normas procedimentais.

¹²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em: 12 Fev. 2018.

3.1 A HOMOAFETIVIDADE E O JUDICIÁRIO SERGIPANO

A partir de 05 de maio de 2011 o cenário do direito de família brasileiro mudou em razão da criação jurisprudencial da união estável (o reconhecimento de sua validade civil) formada por pessoas do mesmo sexo. Nesta narrativa já fora definido o conceito e o motivo do termo “homoafetivo”, sendo válido reiterar que foi graças ao “poder do afeto”, ou mais especificamente, ao seu enquadramento como princípio do direito, que conseguiu-se uma vitória a um grupo ainda tão discriminado que são os denominados LGBTI.

Não importa saber a origem da homossexualidade, até mesmo porque, nunca se procurou saber a origem da heterossexualidade, o que nos importa é entender que a orientação sexual de um indivíduo não é algo que fora escolhido por ele e que possa ser mudado quando se quer, nas palavras de Maria Berenice Dias¹²⁴, *“Se tivessem opção, muitos homossexuais preferiam não o ser o que é, uma boa prova de que não existe opção.”* a jurista emana esta opinião em decorrência principalmente dos inúmeros preconceitos que um indivíduo sabe que irá sofrer em razão de sua opção sexual e por expor socialmente suas preferências, continuando seu entendimento a autora ainda narra que *“A atração por uma pessoa do mesmo sexo não nasce de um ato de vontade, nada justificando o desrespeito às expressões minoritárias de sexualidade.”*

A possibilidade de um casal homoafetivo ter sua união pública, contínua e duradoura reconhecida como estável perante a lei civil brasileira, ou possuir a oportunidade de convertê-la em casamento, ou ainda, realizar o casamento de forma direta, foi um direito reconhecido tendo por base o caput do artigo 226¹²⁵ da Constituição Federal de 1988, que atribuiu ao Estado a proteção do instituto “família”. Inclusive este reconhecimento teve por base o fato de não existir em qualquer artigo da Magna Carta Brasileira a prescrição da forma sob a qual uma família deve ser estabelecida, além disso, o reconhecimento baseou-se também na negativa à discriminação e preconceito de qualquer espécie, ditames estes que também são

¹²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBTI**. 7.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.79.

¹²⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

perfilados na Constituição Estadual de Sergipe, que em seu artigo 3º, inciso II¹²⁶ proíbe tal qual à Carta Federativa, qualquer tipo de preconceito, utilizando-se inclusive, do termo “orientação sexual”, para exemplificar a abrangência específica de sua proteção.

Considerando a decisão do STF que conferiu a possibilidade civil do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, unido ao artigo da Constituição Estadual que proíbe qualquer tipo de discriminação, especificando inclusive aquelas provenientes de orientação sexual, a Controladoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, em 05/10/2012, alterou a Consolidação Normativa Notarial e Registral do Estado inserindo em seu artigo 374-A¹²⁷ a possibilidade de habilitação para realização de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, determinação esta que fora realizada antes mesmo da publicação da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, trazendo ao judiciário sergipano um caráter pioneiro na normatização do reconhecimento das relações afetivas homossexuais.

Entretanto, antes mesmo da referida alteração na Consolidação Normativa Registral do estado de Sergipe que inseriu a possibilidade de se habilitar para casamento de nubentes de mesmo sexo, em 19/03/2012 foram apresentadas perante o judiciário Sergipano, as primeiras solicitações para casamento homoafetivo, ressaltando que antes disso, no Brasil, o primeiro casamento realizado entre casais homossexuais ocorrera logo após a decisão do STF, em 27 de junho de 2011, em Jacareí-SP¹²⁸; no nordeste, precedendo a decisão Sergipana, foi na cidade do Recife-PE que o primeiro casamento homoafetivo ocorreu em 02 de agosto de 2011¹²⁹.

¹²⁶ Art. 3º O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes: [...]; II - proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político-ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei;

¹²⁷ Art. 374-A Os Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais do Estado de Sergipe deverão receber os pedidos de habilitação para casamento de pessoas do mesmo sexo, procedendo na forma do artigo 1.526 da Lei nº 10.406/2002 ((Incluído pelo Provimento nº 06/2012).

¹²⁸ MONTEIRO, Gerson. Primeiro casamento gay é registrado no Brasil. **Estadão**, São Paulo, 27 Jun. 2011. Disponível em: <<http://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,primeiro-casamento-gay-e-registrado-no-brasil,737661>>. Acesso em: 13 Fev. 2018.

¹²⁹ Primeiro casamento homoafetivo é realizado em Pernambuco. **Jornal do Comércio**, Recife, 03 Ago. 2011. Disponível em: <<http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/cidades/geral/noticia/2011/08/03/primeiro-casamento-homoafetivo-e-realizado-em-pernambuco-11899.php>>. Acesso em: 13 Fev. 2018.

Em Sergipe, foi noticiado¹³⁰ quais foram as primeiras decisões envolvendo casamento entre pessoas do mesmo sexo, inicialmente houveram duas habilitações para casamento homoafetivos, a primeira delas foi feita pelas partes diretamente ao judiciário, na segunda, nubentes pretenderam sua habilitação perante cartório extrajudicial da Comarca de Aracaju, que direcionou o pedido à vara judicial competente para reconhecimento da habilitação matrimonial.

O pedido judicial de habilitação para casamento feito em sede de primeiro grau da jurisdição sergipana, tramitou sob o nº 201230200270, cujas partes foram duas mulheres, foi fundamentado com guarida e aporte normativo na jurisprudência do STF que decidiu a ADI nº 4.277/2011, bem como na existência de uma relação amorosa entre as nubentes, cuja união já teria se estabelecido desde o ano anterior (2011).

O processo tramitou conforme todo o rito matrimonial determinado pelo Código Civil, tendo o Ministério Público do Estado de Sergipe¹³¹ em 19 de abril de 2012 emitido parecer levando em consideração os mesmos preceitos considerados na decisão paradigma, exaltando o afeto e a pluralidade do conceito de família, como suficientes à propositura da habilitação para casamento das proponentes.

O parecer promotorial considerou o papel unificador da Constituição Federal dentro do direito brasileiro, cabendo a esta juntamente com as normas infraconstitucionais garantir a dignidade da pessoa humana e, dentro do direito civil, demarcar os núcleos familiares, à despeito de um direito positivista e cheio de formalismos legais.

O Ministério Público Sergipano, ainda no primeiro parecer a respeito do pedido de habilitação para casamento homoafetivo, mencionou que entender como família a união estável entre parceiros homossexuais, é considerar o afeto como fundamento para estabelecimento desta sociedade familiar, sendo a interpretação ampliativa da Constituição uma forma de garantir a dignidade do homem, não podendo do texto

¹³⁰ A mídia sergipana noticiou concomitantemente as duas habilitações para casamento referindo-se às mesmas como “primeiras decisões”, no entanto, trata-se de fato de decisões primogênicas sobre casamento homoafetivo, porém a propositura de cada uma deu-se em âmbitos distintos, uma em sede judicial e outra extrajudicial. As notícias encontram-se disponíveis em qualquer site de busca, sob a denominação “primeiro casamento homoafetivo em Sergipe”.

¹³¹ SERGIPE (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Ação de Habilitação para Casamento nº 201230200270, 2ª Vara Privativa de Assistência Judiciária do Estado de Sergipe (Extinta), Parecer do Ministério Público Estadual publicada em 20 de junho de 2012.** Disponível em:<

<https://www.tjse.jus.br/tjnet/consultas/internet/exibeIntegra.wsp?tmp.numProcesso=201230200270&tmp.dtMovimento=20120419&tmp.seqMovimento=2&tmp.codMovimento=354&tmp.tipoIntegra=7>>.

Acesso em: 13 Fev. 2018.

magno, em contrapartida, ser interpretado de forma restritiva “[...] *sob pena de incorrer em inconstitucionalidade*”.

Ainda neste mesmo processo, logo após as considerações apresentadas pelo representante do Ministério Público Sergipano, a Magistrada de piso, a quem foi designado se manifestar acerca do pedido de habilitação das futuras cônjuges, emitiu uma decisão não somente favorável (o que seria mais que lógico, considerando o julgado vinculativo do STF), mas fundamentada em consonância com o Ministro Relator do STF, entendendo pela possibilidade de interpretação expansiva e integrativa do Código Civil conforme a Constituição.

A primeira decisão sergipana¹³² que colocou em prática os preceitos firmados no julgamento da ADI nº 4.277/DF permitiu a habilitação para casamento entre duas mulheres ressaltando o afeto como princípio constitucional, trazendo uma fundamentação especificada por entender que aquele julgado seria um marco inicial para consolidar a igualdade de direitos entre casais formados por pessoas do mesmo sexo em relação àqueles de sexo diferentes, ressaltando, inclusive, que embora a Constituição Federal não tenha expressado a possibilidade de ocorrer este tipo de casamento, em nenhuma passagem também não o proibiu, cabendo portanto, uma interpretação da norma infraconstitucional conforme a Constituição que deverá ser nas palavras do julgado, “*inclusiva e integrativa*”.

No final do processo acima exposto houve o julgamento do pedido de habilitação de casamento efetuado pelas companheiras Ângela Maria Guimarães e Carla Viviane Campos Fontes, tendo em vista o cumprimento de todas as formalidades legais atinentes à espécie e, em 04 de julho de 2012, foi realizado em Sergipe, o primeiro casamento entre pessoas do mesmo sexo após a decisão que reconheceu a sua possibilidade.

No que se refere ao pedido extrajudicial de habilitação para matrimônio homoafetivo, este também foi realizado por duas mulheres, requerendo a conversão da união estável mantida por ambas, em casamento, e ocorreu perante o Cartório do 8º Ofício da Comarca de Aracaju-SE, em 18 de abril de 2012, cuja remessa à justiça tramitou sob nº 201210500542, obtendo do Ministério Público Estadual parecer

¹³² A primeira decisão sergipana envolvendo o pedido de habilitação para casamento entre pessoas do mesmo sexo encontra-se na íntegra nos anexos desta pesquisa.

favorável à conversão em 25 de abril de 2012, a ser realizada perante o cartório de origem.

Antes de 2012 não havia nenhum pedido junto ao Judiciário Sergipano referente ao reconhecimento de uniões estáveis ou casamentos formados por pessoas de mesmo sexo, o que inclusive foi mencionado no voto do Ministro Relator da ADI nº 4.277/2011, no entanto, conforme será demonstrado no tópico a seguir, desde o ano de 2007 o judiciário sergipano possui pedidos de tutela jurídica de direitos relacionados a relacionamentos homoafetivos existentes, porém pouco reconhecidos anteriormente.

A presente pesquisa se restringe a verificar as decisões relativas ao direito das famílias formadas por pessoas de mesmo sexo que tramitaram no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe durante os anos de 2005 a 2015, observando se os julgados locais possuem uma fundamentação voltada à criatividade interpretativista voltada ao ativismo judicial ou não, além de se observar também se o reconhecimento das famílias homoafetivas dentro do judiciário sergipano vem contribuindo ou não para o aumento no número de uniões oficiais entre casais formados por pessoas do mesmo sexo.

Desde o julgado que reconheceu as uniões familiares homoafetivas, em Sergipe, entre os anos de 2011 e 2015, foram registrados a ocorrência de 52 casamentos homossexuais, dentre os quais, 34 foram entre mulheres e 18 entre homens, a maioria na capital sergipana, segundo dados da Associação dos Notários e Registradores de Sergipe (ANOREG-SE), números estes divulgados pela própria presidente da associação em entrevista dada à imprensa sergipana em abril de 2015¹³³, quantidade que expandiu em razão da possibilidade conferida pela interpretação ampliada da Constituição.

Porém, o número de casamentos civis homoafetivos em Sergipe ainda é muito pequeno se comparado aos demais estados brasileiros, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), desde seu reconhecimento jurisprudencial em 2011 até 2015, Sergipe ocupava o antepenúltimo lugar do país no ranking dos estados brasileiros que realizaram casamentos homoafetivos.

¹³³ GARCIA, Antônio Carlos. Casamento homoafetivo cresce em Sergipe. **Caderno Notícias da hora**, Sergipe, 06 abril 2015. Disponível em: < <http://www.jornaldacidade.net/noticia-leitura/227/86890/casamento-homoafetivo-cresce-em-sergipe.html#.WoOgeujwbIV>>. Acesso em: 13 Fev. 2018.

Segundo dados do IBGE, nos 04 (quatro) anos subsequentes àquele no qual foi prolatada a decisão de reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, o Sudeste liderou a quantidade de casamentos realizados entre pessoas do mesmo sexo ocorridos no Brasil, São Paulo foi o estado brasileiro que liderou o ranking destas uniões matrimoniais. Entre 2011 e 2015 o estado paulista realizou 297.477 (duzentos e noventa e sete mil, quatrocentos e setenta e sete) casamentos, dentre os quais somente 2.050 (dois mil e cinquenta) foram entre pessoas do mesmo sexo, o que equivale a um percentual de 0,7% da quantidade final de matrimônios realizados no estado.

No Sul, o estado de Santa Catarina liderou, nele foram realizados um total de 32.422 (trinta e dois mil, quatrocentos e vinte e dois) casamentos, no supracitado período, dentre estes, 342 (trezentos e quarenta e dois) foram entre pessoas do mesmo sexo, totalizando um percentual de 1,1% do total geral, ou seja, proporcionalmente maior que o estado de São Paulo.

No Centro-Oeste, o estado de Goiás foi o que mais realizou casamentos homoafetivos, 130 (cento e trinta) dentre um total de 18.508 (dezoito mil, quinhentos e oito), perfazendo apenas 0,3% da totalidade matrimonial do estado.

O Norte entre 2011 e 2015 celebrou apenas 58 (cinquenta e oito) casamentos entre pessoas do mesmo sexo dentro do universo de 32.411 (trinta e dois mil, quatrocentos e onze reais), equivalente ao percentual de 0,2% do total estadual.

Por fim, o Nordeste foi liderado pelo estado de Pernambuco, no qual foram realizados no mesmo período, 177 (cento e setenta e sete) casamentos homoafetivos dentro do total de 52.846 (cinquenta e dois mil, oitocentos e quarenta e seis) matrimônios realizados, equivalendo a 0,3% do total estadual, seguido pela Bahia, num percentual de 0,2%, com 134 (cento e trinta e quatro) de um total de 59.594 (cinquenta e nove mil, quinhentos e noventa e quatro reais); Maranhão, num percentual de 0,3%, com 70 (setenta) casamentos homoafetivos, dentro de um universo de 23.851 (vinte e três mil, oitocentos e cinquenta e um) casamentos realizados; Rio Grande no Norte, com 0,3%, com 47 (quarenta e sete) casamentos realizados em detrimento de 15.434 (quinze mil, quatrocentos e trinta e quatro) no estado; Paraíba, com 0,2%, equivalente a 31 casamentos homoafetivos realizados, de um total de 20.537 (vinte mil, quinhentos e trinta e sete) e Alagoas, com 0,1%, com 18 casamentos homoafetivos realizados, de um total de 17.550 (dezessete mil, quinhentos e cinquenta reais).

O estado de Sergipe, no ranking brasileiro possui o antepenúltimo lugar, ou seja, é o 25º na quantidade de casamentos realizados entre pessoas do mesmo sexo entre os anos de 2011 a 2015, tendo realizado somente 08 (oito) casamentos civis durante este período dentro do universo de 8.796 (oito mil setecentos e noventa e seis) casamentos, o que equivale a tão somente 0,1% dos matrimônios realizados no estado.

O referido ranking foi formado tendo por base duas tabelas¹³⁴ disponíveis como “Estatística do Registro Civil 2014”, no site do IBGE¹³⁵ que pesquisou os casamentos por mês de registro, segundo o lugar do registro e união de ambos os cônjuges masculino ou femininos.

No Estado de Sergipe por exemplo, no lapso temporal pesquisado, foram realizados apenas 02 (dois) casamentos com cônjuges do sexo masculino e 06 (seis) entre cônjuges do sexo feminino¹³⁶.

Verificando os números acima expostos, pode-se ter uma visão panorâmica dentro do cenário nacional e nordestino, da quantidade de casamentos entre pessoas do mesmo sexo realizados no Estado de Sergipe, que tem se mostrado ainda tímido se comparado aos estados circunvizinhos de Pernambuco e Bahia, mas não tão destoante assim do estado de Alagoas.

Os dados ora trazidos a esta pesquisa vieram com o intuito de demonstrar como tem se apresentado o Estado de Sergipe na concretização do direito da igualdade entre casais heteroafetivos e homoafetivos, ou seja, a decisão do STJ quanto a homologação de um novo tipo de família vem se mostrando efetiva em Sergipe, sim ou não? E a resposta seria positiva, posto que, mesmo em pouca quantidade, a comunidade gay sergipana tem buscado estabelecer a união civil entre suas famílias.

Há de ser verificado porém, que embora estas informações não influenciem diretamente no judiciário, servem para mostrar um pouco do perfil da sociedade sergipana, em especial a LGBTI, na busca da regularização civil de suas famílias, como forma de efetivação do seu direito de igualdade.

¹³⁴ Contida nos Anexos.

¹³⁵ BRASIL. **Estatística do registro civil 2014**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2014/default_ods.shtm>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

¹³⁶ As referidas informações divulgadas pelo IBGE encontram-se descritas em tabelas nos anexos ao final do texto.

Porém, a quantidade ainda pequena de casamentos entre pessoas do mesmo sexo oficialmente realizados em Sergipe denota talvez, um receio social por parte do grupo LGBTI em buscar e fazer valer seus direitos civis no que se refere à busca por sua constituição como família, seja sob a forma de união estável ou casamento.

3.2 O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE DIANTE DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E A EXISTÊNCIA DE UM ATIVISMO JUDICIAL

Em 25 de fevereiro de 2008 foi proposta pelo governo do Estado do Rio de Janeiro a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 em razão do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro- Decreto Lei nº 220/1975, não estender interpretativamente os benefícios dados as famílias e dependentes dos servidores homoafetivos os mesmos benefícios possuídos pelas famílias de servidores casados ou conviventes com pessoas de sexos opostos.

A mencionada ação foi proposta em razão da falta de regulamentação legal infraconstitucional do reconhecimento civil das uniões estáveis entre casais homoafetivos. A tese sustentada pela ADPF foi de que o reconhecimento da União entre pessoas do mesmo sexo deveria ser feito de forma analógica à Constituição, considerando os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, da vedação a discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica.

No decorrer de seu trâmite, a ADPF nº 132/RJ perdeu parcialmente seu objeto e a parte remanescente foi recebida como Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, na qual o Ministro Relator, expôs como objeto principal da ADI, a submissão do artigo 1.723 do Código Civil à técnica de “interpretação conforme a Constituição”. O voto do relator foi no sentido de considerar o conceito de “família” e sua proteção, assim, interpretando o art. 1.723 do Código Civil com o artigo 226 da Constituição Federal (que fala tão somente sobre a proteção da família pelo Estado, sem mencionar se hetero, homo ou uniafetiva) assim, a decisão fora prolatada no sentido de reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que haja uma entidade familiar, uma união contínua, pública e duradoura entre os pares.

No caso levado à esfera federal, observou-se, porém, que os argumentos utilizados pelos ministros do Tribunal Constitucional Brasileiro não foram equânimes, não tendo sido unânime a escolha do reconhecimento como forma de “interpretação

conforme”, tendo a decisão pelo reconhecimento das uniões estáveis sido estabelecida sob diversos prismas interpretativos da norma civil e do preceito constitucional. Dentre os votos dos Ministros, foram verificados argumentos fundamentados na igualdade material consagrada na Constituição; bem como na Teoria dos Deveres de Proteção, onde o Estado não só está obrigado a abster-se de violar, como também a proteger os direitos fundamentais dos indivíduos tutelados.

Nos votos dos Ministros do STF foram verificados ainda argumentos defendendo que o reconhecimento dado às uniões estáveis homoafetivas não deveriam se dar como uma “interpretação conforme”, mas tendo por base os princípios de direito, posto que o poder constituinte originário só pretendeu abarcar situações de união estável entre homem e mulher, não podendo se falar em mutação constitucional, ou ativismo judicial.

A decisão paradigma possuiu em sua conformação, tanto entendimentos jurídicos voltados à renovação e integração constitucional que podem compor uma interpretação ativista, como posicionamentos ligados as ratificações do texto normativo magno, sem qualquer inovação interpretativa. De forma mais concreta, os votos contidos na ADI nº 4.277/2011 que podem ser considerados como ativistas defendem que o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas deu-se da interpretação do artigo 1.723 do Código Civil “conforme a Constituição”; contrariamente este método interpretativo, outros votos contidos na decisão direcionaram-se no sentido de que o reconhecimento deveria ocorrer tendo por base a integração analógica, ou princípios gerais do direito, tendo em vista que o legislador constitucional originário não quis ampliar o rol do artigo 226 da Constituição, menos ainda de seu parágrafo 3º, o qual só quis referir-se ao gênero “homem” e “mulher”.

A dualidade de entendimentos fez com que esta pesquisa se propusesse a verificar se a mesma dualidade existia dentro das decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, não necessariamente quanto ao reconhecimento dos casamentos e uniões estáveis homoafetivas, mas se a fundamentação das decisões locais que envolvem a busca de direitos provenientes de uniões familiares entre pessoas do mesmo sexo apresenta a mesma bipartição de fundamentos voltados à padrões ativistas ou não.

No caso do julgado do STF, entendo ser ativista a decisão que julgou a ADI nº 4.277/2011, por enxergar como criativa a interpretação aplicada ao texto constitucional, onde o método interpretativo “conforme a constituição” vai refletir o caráter evolutivo e aberto do texto magno, que deve voltar-se à necessidade hodierna de cada contexto social.

No entanto, o reconhecimento civil das uniões estáveis homoafetivas e consequentemente a possibilidade da realização de casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo, não se deu sob fundamentação equânime, onde pude classificar como ativistas os votos daqueles que acompanharam a fundamentação do relator, e não ativistas aqueles que entenderam que o reconhecimento haveria de ser dado, porém, tendo por base a analogia e os princípios gerais do direito em contrapartida à ampliação criativa da interpretação conforme a Constituição.

Coube a esta pesquisa a verificação das decisões cíveis relacionadas às famílias homoafetivas dentro do segundo grau de jurisdição do tribunal de justiça sergipano, no que se refere ao acompanhamento da fundamentação da relatoria do STF, o que pode conferir - no julgamento de decisões envolvendo famílias homoafetivas - ao tribunal local um caráter ativista de seus julgados ou não.

A presente pesquisa investigou a fundamentação utilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, nas decisões relativas ao direito de família de casais homoafetivos, visando identificar quais elementos poderiam trazer um caráter ativista a estas decisões, e na inexistência destes elementos, quais prevalecem. O objeto de análise da pesquisa baseou-se nas únicas 07 decisões cíveis envolvendo direitos relativos à famílias formadas entre pessoas do mesmo sexo presentes no segundo grau de jurisdição sergipano entre os anos de 2011 a 2015.

O Tribunal local possui outras decisões envolvendo relações familiares entre pessoas do mesmo sexo, inclusive de cunho penal, no entanto, em razão do escopo da pesquisa ser acerca das decisões voltadas tão somente às decisões cíveis relacionadas ao direito das famílias homoafetivas, excluiu-se da análise as decisões de relacionadas ao direito penal. A amostra final das decisões analisadas é composta por 07 decisões¹³⁷, nas quais veio se identificar os elementos principais de cada uma, tais como o tipo de ação, qual pedido feito em cada uma delas, a data em que foram

¹³⁷ Trazidas no Anexo I

prolatadas e principalmente, qual a fundamentação normativa de cada uma, para que dessa maneira pudesse ser traçado um perfil ativista ou não do tribunal local frente a estes tipos de decisões.

Dentro do período analisado, por ordem cronológica, o primeiro processo trazendo este tipo de relação homoafetiva foi em 2008, processo com número final 9309, onde buscou-se a exoneração de alimentos pagos pelo ex-marido à sua ex-esposa em virtude desta encontrar-se em união estável homoafetiva, em sede de apelação, a apelante alegou que o apelado não teria provas de que sua situação financeira mudou, nem de que àquela estaria em união estável, neste caso o tribunal local considerou a existência da união estável da apelante, tendo por base a analogia e exonerou a pensão alimentícia da apelada, sendo prolatada a decisão final em 30.07.2009.

A segunda decisão analisada também é proveniente de processo do ano de 2008, com número final 5122, no qual pleiteou-se o reconhecimento de união estável com pedido de direito real de habitação do autor em face da herdeira do companheiro falecido, em sede de segundo grau o agravante pediu reforma de decisão que negou seu direito real de habitação do imóvel que convivia com o falecido em sede liminar, o tribunal sergipano entendeu pelo reconhecimento da união estável mediante princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana e decidiu pela concessão do direito real de habitação do agravante em sede de antecipação de tutela.¹³⁸ A decisão final deu-se em 15.12.2008.

A terceira decisão verificada é proveniente de processo de 2009, com número final, 7507, no qual requereu-se o reconhecimento de união estável com pedido de direito real de habitação do autor em face da herdeira do companheiro falecido, neste processo o agravante também pediu reforma de decisão que negou seu direito real de habitação do imóvel que convivia com o falecido em sede liminar, da mesma forma o tribunal local decidiu pelo Reconhecimento da união estável mediante interpretação analógica da norma infraconstitucional e foi decidida pela concessão do direito real de habitação do agravante em sede de antecipação de tutela, cuja decisão ocorreu em 17.09.2009.

¹³⁸ O processo referente a esta decisão ainda se encontra em trâmite.

A quarta decisão objeto de análise referiu-se à processo de 2010, com número final 3423, no qual se pleiteou o reconhecimento de sociedade de fato e percepção de pensão por morte em face de descendente do falecido, nele, o apelante buscou reconhecimento de sociedade de fato e percepção de pensão por morte em face de descendente e de outra união estável heterossexual, neste caso o tribunal sergipano julgou pela improcedência do pedido de reconhecimento da sociedade de fato¹³⁹ em razão do falecido possuir outra união estável heterossexual, caso este que ainda tramita perante instâncias superiores, mas em sede local, a última decisão proveniente deste processo foi em 22.03.2011.

A quinta decisão também ocorreu em processo de tramitação no ano de 2010, com número final 9354, nele se pleiteou uma habilitação de pensão por morte, e em segundo grau a apelada buscou o reconhecimento e dissolução de união estável, além de pensão por morte da companheira, neste processo o tribunal manteve a decisão de 1º grau reconhecendo a união estável e o recebimento da pensão por morte pela companheira supérstite por interpretação analógica e considerando princípios hermenêuticos. A decisão final deu-se em 03.05.2011.

A sexta decisão analisada ocorreu em processo de 2014, com número final 3048, no qual se pleiteou uma ação declaratória de reconhecimento e dissolução de união estável, cuja apelante requereu o referido reconhecimento não deferido em primeiro grau de jurisdição. Em sede de Apelação, modificou a decisão de 1º grau, reconhecendo a união estável entre as partes considerando os conceitos de família e afeto conforme o art. 226, § 3º da CF. A decisão final deu-se em 08.09.2014.

A sétima e última decisão verificada ocorreu em 2015, com número final 9444, nela de requereu a dissolução de sociedade de fato, cujas partes buscaram o reconhecimento da união homoafetiva. Em sede de Apelação, manteve o reconhecimento da união estável feito no 1º grau e diminuiu os alimentos fixados, esta decisão de segundo grau utilizou-se da Interpretação do art. 1.723 conforme o artigo 226, § 3º da CF e foi prolatada em 14.07.2016.

Analizando a tabela acima, que se baseou na amostra das decisões colhidas, identifica-se como principal semelhança entre os julgados, os pedidos feitos pelas

¹³⁹ A decisão no segundo grau de jurisdição sergipana foi anterior ao julgamento da ADI nº 4.277/2011. O referido processo ainda se encontra em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

partes recorrentes ou recorridas relativas ao reconhecimento da relação familiar estabelecida entre as partes, seja sob a nomenclatura de “Reconhecimento e Dissolução de Sociedade de Fato” ou “Reconhecimento e Dissolução de União Estável”.¹⁴⁰

Todas as decisões colhidas são provenientes de relacionamentos amorosos estáveis, mantidos de forma pública, contínua e duradoura, com exceção do processo com final 2*****3423, que ainda se encontra em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, em que se discute a existência ou não da união estável entre o recorrente e o falecido cuja pensão por morte foi deixada.

Os julgados identificam-se entre si quanto aos motivos que deram ensejo ao pedido de reconhecimento das uniões homoafetivas no processo principal (inicial):

1. Nos processos 2*****9444 e 2*****3048 se requer o reconhecimento e dissolução de sociedade de fato/união estável, com fins patrimoniais, visando a partilha de bens adquiridos na constância da união entre as partes;
2. Nos processos 2*****9354 e 2*****3423 se deseja o reconhecimento das uniões homoafetivas a fim de que uma das partes possa receber benefícios previdenciários (recebimento de pensão por morte) em decorrência do falecimento do parceiro (a);
3. Nos processos 2*****7507 e 2*****5122 o requerimento é de reconhecimento de direitos reais de habitação sobre o imóvel em que uma das partes convivia com a outra parte falecida, antes do óbito, precisando, portanto, também do reconhecimento da união estável;
4. O processo 2*****9309 é o único cujo pedido não se relaciona diretamente a uma união homoafetiva envolvendo as partes litigantes, no qual se pleiteia exoneração de alimentos pelo ex-cônjuge em relação à sua ex-esposa, que passou a manter nova relação familiar, agora com uma pessoa do mesmo sexo, não necessitando mais do auxílio financeiro daquele.

Concomitantemente com as semelhanças, as diferenças entre os julgados residem no objetivo que cada processo deseja com o reconhecimento das uniões estáveis, conforme explicitado acima.

¹⁴⁰ Grifo da autora.

Ao analisar cada decisão isoladamente, foi possível identificar que o reconhecimento da união estável envolvendo pessoas do mesmo sexo ligadas diretamente ou não aos processos, deu-se em sua maioria utilizando-se argumentos retóricos, voltados sempre à analogia e princípios gerais do direito e da própria Constituição Federal, tais como a liberdade e igualdade entre os indivíduos dentro do Estado Democrático Brasileiro.

Das sete decisões analisadas, duas delas apresentaram-se voltadas a um caráter mais ativista, devido ao reconhecimento da união estável em decorrência da interpretação do artigo 1.723 do Código Civil conforme o artigo 226, § 3º da Constituição e aos conceitos de família e afeto prescritos na Carta Magna Brasileira. Nas outras cinco decisões, apenas uma delas julgou improcedente a união estável entre duas pessoas do sexo masculino, em razão do companheiro falecido ter registrado e não dissolvido um termo de união estável anterior e as demais quatro decisões, reconheceram as uniões familiares estáveis entre pessoas do mesmo sexo, tendo por base a interpretação analógica e hermenêutica, bem como uma interpretação conforme princípios gerais do direito, em especial, a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Há de ser aberto um parêntese no que concerne à fundamentação destas últimas quatro decisões, que se referem a julgamentos efetuados antes da ADI nº 4.277/2011, em todos os julgados houve o reconhecimento da união estável homoafetiva, porém, aquelas que utilizaram fundamentação tendo por base princípios e analogia, tiveram como esteio principalmente o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, posto que até então este era o melhor entendimento jurídico para decidir questões envolvendo relacionamentos afetivos com objetivo familiar entre pessoas do mesmo sexo.

Em que pese as decisões analisadas possuírem fundamentação divergente, em todos os casos, independentemente do ano da propositura da ação, ter se dado antes de 2011, ou até mesmo o julgamento em segundo grau de jurisdição ter sido prolatado antes do julgamento da ADI nº 4.277/2011, foi conferido o status de união estável aos casais que conviviam de forma pública, contínua e duradoura, até mesmo porque, como validamente se manifesta Maria Berenice Dias¹⁴¹, “[...] *duas pessoas unidas com o objetivo de constituir publicamente uma família e de mutuamente*

¹⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBTI**. 7.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 147.

proverem assistência moral, afetiva e patrimonial, constituem uma entidade familiar, sejam elas do mesmo sexo ou não.”

Com efeito, o que se buscou nesta pesquisa foi verificar, comparativamente à decisão paradigma do STF, se o Tribunal de Justiça Sergipano, em suas decisões envolvendo direitos provenientes da constituição de famílias homoafetivas, repete ou repetiu os mesmos fundamentos jurídicos que a decisão do Tribunal Constitucional Brasileiro, e em caso positivo, quais estes fundamentos e se os mesmos apresentam uma conformação voltada a uma interpretação ativista ou não.

A análise comparativa dos julgados analisados verificou que o Tribunal de Justiça local repete em seus fundamentos os mesmos motivos trazidos na decisão emitida pelo Supremo Tribunal Federal no concernente às uniões homoafetivas, em especial no que se refere à interpretação conforme a constituição, ou utilização da interpretação analógica, ou ainda a fundamentação conforme princípios gerais do direito.

Ao analisar as decisões mencionadas, tentei descobrir se estas seriam suficientes a dar ao tribunal de justiça local um caráter ativista ou não, porém, de acordo com o mencionado alhures, foi visto que dentro do universo amostral analisado o entendimento que vigorou como suficiente ao reconhecimento da validade uniões estáveis em sua maioria não possuía uma vertente criativa voltada ao ativismo.

Além disso, é importante destacar, que dentre as decisões que compuseram a amostra estudada, apenas duas delas se realizaram após o julgado de reconhecimento do STF, sendo as demais (cinco) prolatadas antes da ADI nº 4.277/2011, o que demonstra uma insuficiência de dados aptos a gerar uma conclusão final à presente pesquisa.

A pouca quantidade de julgados em sede de segundo grau de jurisdição sergipana envolvendo direito de famílias homoafetivas traz uma inconclusão para a presente pesquisa, tendo em vista que não há como fazer um comparativo entre as fundamentações (se voltadas ao ativismo judicial ou não) em razão da maior parte dos julgados envolvendo estas questões terem se dado antes de 2011, nas quais se utilizavam de argumentos outros que não a “interpretação conforme”, não podendo ainda, dentro deste universo amostral, dizer se as decisões de segundo grau da jurisdição sergipana possuem um caráter ativista ou não.

CONCLUSÕES

O reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas e a possibilidade de sua conversão em casamento civil é o reflexo da concretização dos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988, em especial o que se deu foi a efetivação da igualdade material dos direitos entre os casais formados entre pessoas do mesmo sexo e aquelas de sexos diferentes.

A questão da diversidade de gênero posta no artigo 226, § 3º do texto normativo magno não veio para excluir, mas para garantir direitos a um tipo de relação extraoficial que anteriormente não era vista como família, garantindo principalmente às mulheres não casadas, mas conviventes, os mesmos direitos daquelas cujo matrimônio havia sido realizado civilmente, não excluindo, em contrapartida, outros tipos de relações estáveis que pudessem vir a surgir no mundo do direito de família.

Relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo sempre existiram, à espreita ou de forma explícita, contudo, a busca pela possibilidade desse amor livre não encontrava guarida antes da redemocratização do Estado Brasileiro, ao contrário, antes de 1988 a homossexualidade era vista como homossexualismo¹⁴² e somente em 17/05/1990¹⁴³ é que as pessoas cuja sexualidade era dirigida a indivíduos de mesmo sexo que o seu, deixaram de ser consideradas como doentes mentais.

O reconhecimento das uniões afetivas públicas, contínuas e duradouras não foi apresentado pelo constituinte originário de forma positivada no texto normativo da Constituição, no entanto, o artigo 5º da Magna Carta pós-ditadura, trouxe em seu *caput* que todos são iguais perante a lei, excluindo distinções de qualquer natureza e mais ainda, no mesmo dispositivo legal é resguardada a liberdade e a igualdade entre os indivíduos, então, considerando estas disposições, porque haveria o texto Constitucional de entender e corroborar com o entendimento de que uma família formada por um homem e uma mulher seria diferente daquela formada por dois homens e duas mulheres? Mesmo tendo sido positivado no texto constitucional a igualdade de direitos entre os cidadãos, teria a Constituição Federal que pôr em termo a igualdade de direitos dos homossexuais em relação aos heterossexuais?

¹⁴² O sufixo “ismo” significa doença.

¹⁴³ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBTI**. 7.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.53

Caso a resposta a estas perguntas fosse “sim”, entenderíamos que o Estado brasileiro pós 1988 estaria restrito ao “*anacronismo do legislador negativo*”¹⁴⁴ de Hans Kelsen, segundo o qual, dentro de um Estado Constitucional de Direitos caberia ao Tribunal Constitucional apenas a função de legislar negativamente, atuando meramente na verificação da constitucionalidade das normas infraconstitucionais, não cabendo aos juízes a ampliação da interpretação normativa.

Porém, o surgimento do *judicial review*, a presença de princípios jurídicos e a possibilidade de ampliação não-formal das Constituições mediante a interpretação expansiva realizada pelos Tribunais Constitucionais contribuíram para o aumento do poderio judiciário, principalmente no que se refere à complementação dos papéis deixados à revelia pelas demais funções estatais (legislativa e executiva).

Eis que foi justamente nessa ausência de tutela legislativa quanto ao reconhecimento das famílias homoafetivas que fez o judiciário intervir de maneira mais (cri) ativa, interpretando o Código Civil em conformidade com a Constituição, não de forma violadora da separação de poderes proposta por Montesquieu, mas garantidora dos princípios democráticos de um estado constitucional.

Não se pode dizer que o judiciário extrapola sua função, ou invade a esfera dos demais poderes políticos quando estes se fazem ausentes em determinados contextos cuja resposta é pleiteada dentro da sociedade, foi exatamente o que aconteceu no caso do julgamento da ADI nº 4.277/DF que interpretou o artigo 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição, reconhecendo as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo em detrimento do passivismo legislativo em relação à disciplina desta matéria.

A utilização da hermenêutica jurídica deu amplitude ao pluralismo familiar no paradigmático julgamento do STF, que a partir de 2011 passou a vincular as decisões dos Tribunais Estaduais e Federais no sentido de reconhecerem sob os moldes do direito de família, as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, bem como permitirem a conversão destas em casamento.

A partir da ampliação conforme a Constituição do rol das famílias, o judiciário expandiu seus poderes de forma benéfica, tendo em vista que desde a promulgação da Carta Magna de 1988, o grupo hoje denominado de LGBTI, vem buscando a

¹⁴⁴ Termo utilizado por Glauco Salomão Leite em seu livro “Juristocracia e Constitucionalismo Democrático”, p. 26.

igualdade de direitos em diversos aspectos da vida social, nesse caso em específico, a paridade de condições afetas as relações matrimoniais ou equiparadas.

Diante da possibilidade em que fora revestido o artigo 1.723 do Código Civil se desejou analisar mais apuradamente os fundamentos jurídicos que concederam à lei civil esta nova roupagem, bem como, se na mesma linha de argumentos o Tribunal Estadual Sergipano se manifestava em suas decisões, a fim de que, ao final, pudesse se traçar um perfil de atuação do judiciário local, se vanguardista com traços ativistas ou não.

Ocorre que o espelho que reflete o caráter do judiciário são as suas decisões, cuja análise jurisprudencial realizada nesta pesquisa trouxe uma amostra de 07 julgados dentre os quais 02 deles se apresentaram com um caráter ativista, manifestando-se a favor da interpretação criativa da Constituição, enquanto nas outras 05 decisões, 01 (uma) delas julgou improcedente a união estável homoafetiva pleiteada, por motivos outros que não relativos ao estabelecimento familiar homossexual requerido, e nas 04 decisões remanescentes houve reconhecimento das uniões familiares estáveis entre pessoas do mesmo sexo tendo por base a interpretação analógica e hermenêutica, e em conformidade com os princípios gerais do direito, em especial, a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

É importante salientar que o recorte jurisprudencial das decisões analisadas foi feito em relação a processos registrados entre os anos de 2005 a 2015, contudo, seus julgados foram prolatados entre os anos de 2009 a 2016, nos quais, talvez não por coincidência, o entendimento mais vanguardista deu-se nas decisões emanadas em 2014 e 2016, e um entendimento mais tradicional fora observado nas decisões proferidas entre 2008 a 2011. Considerando as datas dos julgados, se verificou que a maioria deles se deu anteriormente ao julgamento da ADI nº 4.277/2011, indo de encontro à hipótese da pesquisa, de que o Tribunal de Justiça Sergipano possuía um caráter tradicionalista, prejudicando seu resultado final.

De acordo com o que foi analisado, não tem como se traçar um perfil do judiciário local no que concerne a fundamentação das decisões cíveis envolvendo famílias homoafetivas, em razão de dois motivos: primeiro porque a decisão paradigma que serviu como base para análise inicial de fundamentos jurídicos (a ADI nº 4.277/2011) é posterior à maioria das decisões analisadas, ou seja, não tem como saber a atual vertente interpretativa do julgador sergipano se à época dos julgados a única possibilidade que ele possuía era a de reconhecer as relações familiares

homoafetivas tendo por base os princípios gerais de direito e a analogia; segundo, o número de amostras fornecido pela segunda instância jurisdicional sergipana é muito reduzido, o que, acrescido ao fato da maioria das decisões terem se dado antes do reconhecimento ativista do STF, não se pode cobrar por conseguinte, que estes mesmos julgados apresentem postura diferente daquela demonstrada.

Desta forma, não ficou confirmada a hipótese de pesquisa e tampouco, neste momento, a tentativa de se traçar um perfil do tribunal de justiça sergipano se voltado ao ativismo ou não, restou frustrada, tendo em vista os motivos anteriormente asseverados, sendo necessário aguardar novos julgados ou buscar qual a imagem que os espelhos do primeiro grau de jurisdição sergipano vem refletindo.

Porém, uma coisa é certa, ativista ou não, o Tribunal de Justiça Sergipano, corroborando com o texto magno Constitucional Federal e Estadual, desde antes de 2011 já elidia o preconceito e tirava da justiça a venda da desigualdade entre os sujeitos de direito.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Robério Nunes dos. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no brasil contemporâneo. **Atualidades Jurídicas**, Brasília, v. 11, p.62-106, 2011. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2018.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p.225-270.

_____. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%2C%20Lu%C3%ADs%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%2C%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf>. Acesso em: 31 Jan. 2018.

BARROS, Sérgio Resende. Direitos humanos da família: Dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Direito de família e psicanálise rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BONAVIDES, PAULO. **Ciência Política**. 10ª Ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 jan. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em: 12 Fev. 2018.

BRASIL. **Estatística do registro civil 2014**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2014/default_ods.sh>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.151/1995**. Disciplina a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/projeto_lei/19.%20PL%20-%201151%2C1995%20.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

_____. _____. **Projeto de Lei nº 70 de 1995**. Dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>>. Acesso em: 08 Fev. 2018.

_____. _____. Constituição (1988). **Proposta de Emenda à Constituição nº 66 de 2003**. Dá nova redação aos arts. 3º e 7º da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117100>>. Acesso em: 08 Fev. 2018.

_____. _____. **Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm>. Acesso em: 31 Jan. 2018.

_____. _____. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher;

altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 31 Jan. 2018.

_____. _____. **Projeto de Lei nº 2.773 de 2000**. Altera a redação do art. 235, do Código Penal Militar. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18609>>. Acesso em: 08 Fev. 2018.

_____. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 70 de 2003**. Altera o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, para permitir a união estável entre casais homossexuais. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/61093>> Acesso em 08 Fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF de 05.05.2011**. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

_____. **Agravo de Instrumento nº: 851849 RS**, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 23/04/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-099 DIVULG 24-05-2013 PUBLIC 27-05-2013. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23334586/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-851849-rs-stf/inteiro-teor-111684525?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF de 05 de maio de 2011**. p. 611. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>> Acesso em: 31 Jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº: 1247098 MS 2011/0074787-0**. Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 14/03/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/05/2017. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465739324/recurso-especial-resp-1247098-ms-2011-0074787-0>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

_____. **Recurso Especial nº 1483841 RS 2014/0058351-0**, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 17/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/03/2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178707330/recurso-especial-resp-1483841-rs-2014-0058351-0/certidao-de-julgamento-178707348?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 jan.2018.

BRANDÃO, Rodrigo. **Judicialização da política: teoria, condições e o caso brasileiro. RDA – revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/10648/9641>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

BRETAS, Valéria. **Os Estados que lideram em número de casamentos gays no país**. Caderno Brasil, de 30 Nov. 2015. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/os-estados-que-lideram-em-numero-de-casamentos-gays-no-pais/>>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

BRITO, José de Sousa e. Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático. In: COSTA, José Manuel M. Cardoso. (Org.). Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. **Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra editora, 1995.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 260.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.Reimpressão, 1999.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. EM BUSCA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL: APONTAMENTOS PARA UMA NOVA ABORDAGEM. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004.Biblioteca Digital de Periódicos da UFPR. Disponível em:<<http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/3699/2949>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método: diálogos Entre hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. (Tese de Doutorado). Brasília: UNB, 2010. Disponível em:

<<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp149009.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. Ebook da 2. Ed. atual. Saraiva: São Paulo, 1998.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3.ed.em e-book baseada na 12.ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Homoafetividade e direitos LGBTI**. 7.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4.ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FILHO, Robério Nunes dos Anjos. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> . Acesso em: 25 Jul. 2017.

GARAPON, Antonie. **O guardador de promessas**. Justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARCIA, Antônio Carlos. Casamento homoafetivo cresce em Sergipe. **Caderno Notícias da hora**, Sergipe, 06 abril 2015. Disponível em: <<http://www.jornaldacidade.net/noticia-leitura/227/86890/casamento-homoafetivo-cresce-em-sergipe.html#.WoOgeujwbIV>>. Acesso em: 13 Fev. 2018

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Henning Leal. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.

GROENINGA, Giselle Câmara. Generalidades do direito de família. Evolução histórica da família e formas atuais de constituição. In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (Coord.) **Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HOBBS, Thomas; TUCK, Richard (Org.). **Leviatã**. 2. ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2008. (Clássicos Cambridge de filosofia política).

IBDFAM, Assessoria de Comunicação do. **STJ publica decisão que significa grande retrocesso para o Direito das Famílias no Brasil**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 22 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6232/STJ+publica+decis%C3%A3o+que+significa+grande+retrocesso+para+o+Direito+das+Fam%C3%ADlias+no+Brasil>> Acesso em: 27 jan. 2018.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

IGREJA, Rebeca Ramos. O Direito como objeto de estudo empírico. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Jurídicos em Direito, 2017.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e ativismo judicial**: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático**: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil. **Revista da Informação Legislativa**, Brasília, n. 141, jan./mar. 1999. p. 99-109. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 31 Jan. 2018.

_____. **ENTIDADES FAMILIARES**

CONSTITUCIONALIZADAS: PARA ALÉM DO *NUMERUS CLAUSUS*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 Jan. 2018.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: IBRASA, 1963.

MARÍAS, Júlian. **História da Filosofia**. Prólogo de Xavier Zubiri. Epílogo de José Ortega y Gasset. Tradução Claudia Berliner. Revisão técnica Franklin Leopoldo e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 93

MAUS, Engeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Tradução Martonio Mont'alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 30 jul.2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: Ltr, 2008.

MOTA, Maurício. Paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito: pós-positivismo e judicialização da política. In: MOTA, Maurício, Luiz Eduardo (Orgs). **O Estado Democrático de Direito em Questão**: Teorias Críticas da Judicialização da Política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.33.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat baron de. **Do espírito das leis**. 2.ed. São Paulo, SP: Abril Cultural, 1979.

MONTEIRO, Gerson. Primeiro casamento gay é registrado no Brasil. **Estadão**. São Paulo, 27 Jun. 2011. Disponível em: <<http://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,primeiro-casamento-gay-e-registrado-no-brasil,737661>>. Acesso em: 13 Fev. 2018.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos e trabalho do direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SERGIPE (Estado). **Constituição Estadual (1989)**. Disponível em:<
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70454>>. Acesso em: 12 Fev. 2018.

_____. **Consolidação Normativa Notarial e Registral da Controladoria Geral de Justiça do Estado de Sergipe, de 05 de outubro de 2012**. Disponível em:<
http://www.irib.org.br/files/obra/Cdigo_de_Normas_TJ_SE.pdf>. Acesso em: 12 Fev. 2018.

Observatório de Sergipe constata redução de nascimento, casamento e divórcio no estado. **Caderno Notícias do Governo do Estado de Sergipe**, Sergipe, 29 Nov. 2017. Disponível em: < <http://agencia.se.gov.br/noticias/planejamento/observatorio-sergipe-constata-reducao-de-nascimento-casamento-e-divorcio-no-estado>>. Acesso em: 13 Fev. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Ação de Habilitação para Casamento nº 201230200270, 2ª Vara Privativa de Assistência Judiciária do Estado de Sergipe (Extinta), Parecer do Ministério Público Estadual publicada em 20 de junho de 2012**. Disponível em:<
<https://www.tjse.jus.br/tjnet/consultas/internet/exibeIntegra.wsp?tmp.numProcesso=201230200270&tmp.dtMovimento=20120419&tmp.seqMovimento=2&tmp.codMovimento=354&tmp.tipolntegra=7>>. Acesso em: 13 Fev. 2018.

_____. **Ação de Habilitação para Casamento nº 201230200270, 2ª Vara Privativa de Assistência Judiciária do Estado de Sergipe (Extinta), Decisão que autorizou a habilitação de casamento homoafetivo em 04 de maio de 2012**. Disponível em:<
<https://www.tjse.jus.br/tjnet/consultas/internet/exibeIntegra.wsp?tmp.numProcesso=201230200270&tmp.dtMovimento=20120503&tmp.seqMovimento=1&tmp.codMovimento=342&tmp.tipolntegra=1>>. Acesso em: 13 Fev. 2018.

SILVA, Lucas Gonçalves da; MELO, Ana Patrícia Vieira Chaves . Limite da judicialização da política. *Revista Brasileira de Direito*, 2018.

STRECK, Lênio. O que é isto, o ativismo judicial em números? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 Out. 2013. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>> Acesso em: 05 Fev. 2018.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. **Direito Judicial criativo: ativismo constitucional e justiça instituinte as novas perspectivas do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade**. São Cristóvão: Editora UFS, 2012.

_____; Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito**. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>> Acesso em: 30 jul. 2017.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: novos paradigmas em face da globalização. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. 2. ed. rev. e atual.em e-book. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/103234/supremocracia_oscar_vieira.pdf>. Acesso em: 20 Ago. 2017.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ANEXOS

Projeto de Lei nº 1.1151/1995

Lista dos Projetos de Lei envolvendo relações Homoafetivas

Tabelas do IBGE

Decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe objeto da análise de pesquisa

PROJETO DE LEI Nº 1.151, DE 1995
(Da Sra. Marta Suplicy)

Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

(ÀS COMISSÕES DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA, DE TRABALHO, DE ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇO PÚBLICO; E DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO - ART. 24, II)

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e dos demais regulados nesta Lei.

Art. 2º. A união civil entre pessoas do mesmo sexo constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais.

Parágrafo 1º. Os interessados e interessadas comparecerão perante os oficiais de Registro Civil exibindo:

- I - prova de serem solteiros ou solteiras, viúvos ou viúvas, divorciados ou divorciadas;
- II - prova de capacidade civil plena;
- III - instrumento público de contrato de união civil.

Parágrafo 2º. O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de união civil.

Art. 3º. O contrato de união civil será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado. Deverá versar sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

Parágrafo único. Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para a formação de patrimônio comum.

Art. 4º. A extinção da união civil ocorrerá:

- I - pela morte de um dos contratantes;
- II - mediante decretação judicial.

Art. 5º. Qualquer das partes poderá requerer a extinção da união civil:

- I - demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;
- II - alegando o desinteresse na sua continuidade.

Parágrafo 1º. As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção da união civil.

Parágrafo 2º. O pedido judicial de extinção da união civil, de que tratam o inciso II e o parágrafo 1º. deste artigo, só será admitido após decorridos 2 (dois) anos de sua constituição.

Art. 6º. A sentença que extinguir a união civil conterá a partilha dos bens dos interessados, de acordo com o disposto no instrumento público.

Art. 7º. O registro de constituição ou extinção da união civil será averbado nos assentos de nascimento e casamento das partes.

Art. 8º. É crime, de ação penal pública condicionada à representação, manter o contrato de união civil a que se refere esta Lei com mais de uma pessoa, ou infringir o parágrafo 2º do art. 2º

Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Art. 9º. Alteram-se os artigos da Lei Nº. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

"Art. 29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais:
(...)
IX - os contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Parágrafo 1º. Serão averbados:
(...)

g) a sentença que declarar a extinção da união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 33. Haverá em cada cartório, os seguintes livros, todos com trezentas folhas cada um:

(...)
III - B - Auxiliar - de registro de casamento religioso para efeitos civis e contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:
I - o registro:

(...)
35 - dos contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo que versarem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II - a averbação:
(...)

14 - das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de união civil entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro."

Art. 10. O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de união civil com pessoa do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela Lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 11. Os artigos 16 e 17 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991 passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 16. (...)

Parágrafo 3º. Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém, com o segurado ou com a segurada, união estável de acordo com o parágrafo 3º. do art. 226 da Constituição Federal, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.

Art. 17. (...)

Parágrafo 2º. O cancelamento da inscrição do cônjuge e do companheiro ou companheira do mesmo sexo se processa em face de separação judicial ou divórcio sem direito a alimentos, certidão de anulação de casamento, certidão de óbito ou sentença judicial, transitada em julgado".

Art. 12. Os artigos 217 e 241 da Lei 8112, de 11 de dezembro de 1990 passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 217. (...)

c) a companheira ou companheiro designado que comprove união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.
(...)

Art. 241. (...)

Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei."

Art. 13. No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham união civil com pessoa do mesmo sexo.

Art. 14. São garantidos aos contratantes de união civil entre pessoas do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão regulados pela Lei Nº. 8.971, de 28 de dezembro de 1994.

Art. 15. Em havendo perda da capacidade civil de qualquer um dos contratantes de união civil entre pessoas do mesmo sexo, terá a outra parte a preferência para exercer a curatela.

Art. 16. O inciso I do art. 113 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 113. (...)

I - ter filho, cônjuge, companheira ou companheiro de união civil entre pessoas do mesmo sexo, brasileiro ou brasileira".

Art. 17. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 18. Revogam-se as disposições em contrário.

Justificação

O presente Projeto de Lei visa o reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo, relacionamentos estes que cada vez mais vem se impondo em nossa sociedade.

A ninguém é dado ignorar que a heterossexualidade não é a única forma de expressão da sexualidade da pessoa humana. O Conselho Federal de Medicina, antecipando-se à Organização Mundial da Saúde, já em 1985 tornou sem efeito o código 302, o da Classificação Internacional de Doenças, não considerando mais a homossexualidade como "desvio ou transtorno sexual". A sociedade atual vive uma lacuna frente às pessoas que não são heterossexuais. Elas não tem como regulamentar a relação entre si e perante a sociedade, tais como, pagamento de impostos, herança, etc.. Esta possibilidade de parceria só é reconhecida entre heterossexuais. E os outros tantos?

Realidade e Direitos

Esse projeto pretende fazer valer o direito à orientação sexual, hetero, bi ou homossexual, enquanto expressão dos direitos inerentes à pessoa humana. Se os indivíduos têm direito à busca da felicidade, por uma norma imposta pelo direito natural a todas as civilizações, não há porque continuar negando ou querendo desconhecer que muitas pessoas só são felizes se ligadas a outras do mesmo sexo. longe de escândalos ou anomalias, é forçoso reconhecer que essas pessoas só buscam o respeito às suas uniões enquanto parceiros, respeito e consideração que lhes é devida pela sociedade e pelo Estado.

Relação duradoura

Relacionamentos pessoais baseados num compromisso mútuo, laços familiares e amizades duradouras são parte da vida de todo ser humano. Eles satisfazem necessidades emocionais fundamentais e proveem a segurança e aconchego em horas de crise em vários momentos da vida, inclusive na velhice. São um poderoso instrumento contra a falta de raízes, protegem e mantêm a integridade dos indivíduos. Com essa intenção, a relação permanente e compromissada entre homossexuais deve existir como possibilidade legal.

Ao mesmo tempo a aceitação legal da união civil entre pessoas do mesmo sexo encorajará mais gays e lésbicas a assumirem sua orientação sexual. Longe de "criar" mais homossexuais, essa realidade somente tornará mais fácil a vida das pessoas que já vivem esta orientação sexual de forma clandestina. A possibilidade de assumir o que se é, tem como consequência a diminuição da angústia e também, segundo pesquisas uma maior possibilidade de proteção à saúde, principalmente em relação à AIDS. O que é proibido gera vergonha dissimulação e, muitas vezes medo. A possibilidade da união estável, mesmo que não exerça, reduzirá problemas criados pela necessidade de esconder a própria natureza, de não ser reconhecido (a) socialmente, viver em isolamento ou na mentira.

Violência

O Brasil é um país no qual os homossexuais, masculinos e femininos tem sofrido extrema violência. Raras são as semanas que não se sabe de um assassinato violento. Uma das portas que leva à violência é à homofobia. A aceitação da homossexualidade - a legalização da união civil entre pessoas do mesmo sexo favorecerá e certamente diminuirá o comportamento homofóbico e consequente agressão. A lei, além de aceitar e proteger uma realidade, provê um respaldo social importante.

Solidariedade

A possibilidade de oficializar a união civil entre pessoas do mesmo sexo, permitirá, como nas uniões heterossexuais, que em períodos de crise os casais possam ser ajudados. Os casais heterossexuais casados quando passam por problemas enfrentam vários fatores que impedem uma ruptura imediata. Situação muito diferente enfrentada pelos homossexuais que geralmente mantêm relações secretas, ignoradas pela família e amigos, que não oferecem ajuda nas situações difíceis.

Uma parceria legalizada será sinal de que o casal, gay ou lésbica, para suas famílias, amigos e sociedade, desejam manter uma relação de compromisso. Isso será enfatizado pelo status formal e legal da união. Muitos casais homossexuais acham uma injustiça que mesmo depois de muitos anos de coabitação, ainda são considerados - legal, econômica e socialmente - meramente como duas pessoas que dividem uma residência.

Relacionamentos estáveis proverão segurança e um sentimento de pertencer. A maioria dos homossexuais sozinhos não são reconhecidos pelas famílias. As pessoas com orientação homossexual possuem a mesma necessidade de

segurança e proximidade que pessoas com orientação heterossexual, e devem ter direitos ao mesmo apoio nas relações permanentes.

O Projeto de união civil entre pessoas do mesmo sexo não vai resolver todos estes problemas, nem fazer com que todas as famílias aceitem essa situação, mas certamente poderá ter um efeito estabilizador e não discriminatório.

Homossexualidade

As causas da homossexualidade são complexas. Os estudiosos acreditam que a homossexualidade não é uma opção, assim como também a heterossexualidade não é uma escolha. As pessoas se descobrem diferente por volta da pré- puberdade, quando não sabe ainda o que é "homossexualidade". Na puberdade, os hormônios da sexualidade começam a funcionar com consequente aumento do desejo sexual, sonhos eróticos e masturbação. A pessoa percebe sua atração pelo mesmo sexo. Acredita-se que fora a orientação sexual, são tão normais e tão diferentes individualmente como os heterossexuais. Entretanto, ser homossexual é, frequentemente, causa de grandes problemas. A atitude preconceituosa da sociedade resulta em isolamento para homossexuais e, frequentemente dificulta suas vidas e até seus relacionamentos pessoais e estabilidade emocional.

Diferenças e semelhanças entre união civil e casamento

A possibilidade de regularizar uma situação de união já existente, tornará estes relacionamentos mais estáveis, na medida que serão solucionados problemas práticos, legais e financeiros. A vida social dos casais homossexuais também será afetada, fazendo com que sejam melhor aceitos pelas sociedade e até pelas próprias famílias.

Esse projeto procura disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo e não se propõe dar às parcerias homossexuais um status igual ao casamento. O casamento tem um status único. Este projeto fala de "parceria" e "união civil". Os termos "matrimônio" e "casamento" são reservados para o casamento heterossexual, com suas implicações ideológicas e religiosas.

Está entendido, portanto, que todas as provisões aplicáveis aos casais casados também devem ser direito das parcerias homossexuais permanentes.

A possibilidade para casais de gays e lésbicas registrarem suas parcerias implicará na aceitação por parte da sociedade de duas pessoas do mesmo sexo viverem juntas numa relação emocional permanente.

Aspectos jurídicos

O projeto de lei que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo vem regulamentar, através do direito, uma situação que, há muito, já existe de fato. E, o que de fato existe, de direito não pode ser negado.

A criação desse novo instituto legal é plenamente compatível com o nosso ordenamento jurídico, tanto no que se refere a seus aspectos formais quanto de conteúdo. É instituto que guarda perfeita harmonia com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil - constitucionalmente garantidos - de construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV CF).

A figura da união civil entre pessoas do mesmo sexo não se confunde nem com o instituto do casamento, regulamentado pelo Código Civil brasileiro, nem com a união estável, prevista no parágrafo 3º, do art. 226 da Constituição Federal. É mais uma relação entre particulares que, por sua relevância e especificidade, merece a proteção do Estado e do Direito.

O projeto estabelece com clareza os direitos que visa proteger nessa relação. As formalidades nele previstas servem não só como uma garantia entre os próprios contratantes, mas também perante terceiros; servem, ainda, como um indicador para a sociedade, de quão sério é o tema nele tratado e da expectativa de durabilidade e estabilidade que têm em suas relações. Para sua melhor adequação ao ordenamento jurídico, propõe-se algumas pequenas, porém significativas, alterações de legislações específicas, como em alguns artigos: da lei de registros públicos, da lei de benefícios previdenciários, do estatuto dos servidores públicos federais e da lei dos estrangeiros.

A sociedade brasileira é dinâmica e abarca uma diversidade de relações; o Direito brasileiro deve acompanhar as mudanças sociais e contemplar, sempre que possível, essa diversidade. A união civil entre pessoas do mesmo sexo vem contemplar apenas um dentre tantos aspectos dessa diversidade que compõe a sociedade brasileira. É mister que se preencha a lacuna jurídica existente no que diz respeito a essa forma de relação, a fim de que se proteja a dignidade da pessoa humana que dela participe e se promova a visibilização dessa relação, com o respeito que lhe é merecido por parte de toda comunidade.

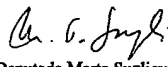
O projeto é viável, necessário e possível do ponto de vista social e, principalmente, jurídico. Em uma sociedade que se diz e se pretende democrática e pluralista, o Direito não pode servir como obstáculo à transformação social, pelo contrário, deve ser instrumento de proteção às conquistas e demandas sociais.

A possibilidade de legalizar a união civil entre pessoas do mesmo sexo torna possível a reparação de notórias injustiças, como os casos onde o parceiro morre e seu companheiro ou companheira do mesmo sexo é excluído (a) de qualquer participação em um patrimônio que também é seu, pois ajudou a construí-lo, em decorrência de vários anos de convivência.

Acreditamos estar expressando nesse Projeto de Lei os anseios de uma parcela de brasileiros e brasileiras, que lutam contra o preconceito justificado e apenas esperam ver reconhecidos seus legítimos direitos de cidadãos, como já fazem outros países.

Conclamamos os Ilustres Pares a apoiarem esta legítima iniciativa.

Sala das sessões, em 26 de outubro de 1995.


Deputada Marta Suplicy
PT/SP

"LEGISLAÇÃO CITADA ANEXADA PELA
COORDENAÇÃO DE ESTUDOS LEGISLATIVOS-CELP"

República Federativa do Brasil

CONSTITUIÇÃO

TÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

- I — a soberania;
- II — a cidadania;
- III — a dignidade da pessoa humana;
- IV — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V — o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2.º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I — construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II — garantir o desenvolvimento nacional;
- III — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

TÍTULO VIII

DA ORDEM SOCIAL

CAPÍTULO VII

DA FAMÍLIA, DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE E DO IDOSO

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1.º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2.º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4.º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5.º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6.º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7.º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8.º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

LEI Nº 6.015, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1973 (*)

Dispõe sobre os Registros Públicos e dá outras providências.

TÍTULO II

DO REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 29. Serão registrados no Registro Civil de Pessoas Naturais:

• Vide arts. 12 e 347 do Código Civil.

- I — os nascimentos;
- II — os casamentos;
- III — os óbitos;
- IV — as emancipações;
- V — as interdições;
- VI — as sentenças declaratórias de ausência;
- VII — as opções de nacionalidade;
- VIII — as sentenças que deferirem a legitimação adotiva.

• Vide art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

§ 1º Serão averbados:

• Vide art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

- a) as sentenças que decidirem a nulidade ou anulação do casamento, o desquite e o restabelecimento da sociedade conjugal;
- b) as sentenças que julgarem ilegítimos os filhos concebidos na constância do casamento e as que declararem a filiação legítima;
- c) os casamentos de que resultar a legitimação de filhos havidos ou concebidos anteriormente;
- d) os atos judiciais ou extrajudiciais de reconhecimento de filhos ilegítimos;
- e) as escrituras de adoção e os atos que a dissolverem;
- f) as alterações ou abreviaturas de nomes.

§ 2º É competente para a inscrição da opção de nacionalidade o cartório da residência do optante, ou de seus pais. Se forem residentes no estrangeiro, far-se-á o registro no Distrito Federal.

CAPÍTULO II

DA ESCRITURAÇÃO E ORDEM DO SERVIÇO

Art. 33. Haverá, em cada cartório, os seguintes livros, todos com 300 (trezentas) folhas cada um:

- I — "A" — de registro de nascimento;
- II — "B" — de registro de casamento;
- III — "B Auxiliar" — de registro de casamento religioso para efeitos civis;
- IV — "C" — de registro de óbitos;
- V — "C Auxiliar" — de registro de natimortos;
- VI — "D" — de registro de proclama.

Parágrafo único. No Cartório do 1º Ofício ou da 1ª subdivisão judiciária, em cada comarca, haverá outro livro para inscrição dos demais atos relativos ao estado civil, designado sob a letra "E", com 150 (cento e cinquenta) folhas, podendo o juiz competente, nas comarcas de grande movimento, autorizar o seu desdobramento, pela natureza dos atos que nele devam ser registrados, em livros especiais.

TÍTULO V

DO REGISTRO DE IMÓVEIS

CAPÍTULO I

DA ATRIBUIÇÕES

Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I — o registro:

- 1) da instituição de bem de família;
- 2) das hipotecas legais, judiciais e convencionais;
- 3) dos contratos de locação de prédios, nos quais tenha sido consignada cláusula de vigência no caso de alienação da coisa locada;
- 4) do penhor de máquinas e de aparelhos utilizados na indústria, instalados e em funcionamento, com os respectivos pertences ou sem eles;
- 5) das penhoras, arrestos e sequestros de imóveis;

PROJETOS DE LEI – CRIMINALIZAÇÃO HOMOFOBIA				
PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA	CASA	AUTOR	ASSUNTO	SITUAÇÃO ATUAL
PL 138/2015	Câmara	Erika Kokay - PT/DF	Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para punir a discriminação ou preconceito quanto à identidade de gênero ou orientação sexual.	Apensado ao PL 1959/2011
PL 622/2015	Câmara	Moema Gramacho - PT/BA	Dispõe sobre a proibição do uso de recursos públicos para contratação de artistas que, em suas músicas, desvalorizem, incentivem a violência ou exponham as mulheres a situação de constrangimento, ou contenham manifestações de homofobia, discriminação racial ou apologia ao uso de drogas ilícitas	Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher (CMULHER)
PL 81/2007	Câmara	Fátima Bezerra - PT/RN	Institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia. A ser comemorado no dia 17 de maio.	Aguardando Deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)
PL 7052/2006	Câmara	Iara Bernardi - PT/SP	Institui o Dia Nacional de Combate a Homofobia. A ser comemorado no dia 17 de maio.	Arquivada
PL 5003/2001	Câmara	Iara Bernardi - PT/SP	Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. PL da Homofobia.	Aguardando Apreciação pelo Senado Federal
PROJETOS DE LEI – UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO				

PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA	CASA	AUTOR	ASSUNTO	SITUAÇÃO ATUAL
PL 335/2015	Câmara	Wadson Ribeiro - PCdoB/MG	Assegura às pessoas que mantenham união estável homoafetiva o direito à inscrição, como entidade familiar, nos programas de habitação desenvolvidos pelo Governo Federal e dá outras providências.	Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM)
PL 5120/2013	Câmara	Jean Wyllys - PSOL/RJ , Erika Kokay - PT/DF	Altera os arts. 551, 1.514, 1.517, 1.535, 1.541, 1.565, 1.567, 1.598, 1.642, 1.723 e 1.727 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, para reconhecer o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo.	Apensado ao PL 580/2007
PL 2153/2011	Câmara	Janete Rocha Pietá - PT/SP	Altera o § 2º do art. 42 da Lei nº 8.069 de 13 de junho de 1990, para permitir a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos.	Apensado ao PL 7018/2010
PL 1510/2011	Câmara	Erika Kokay - PT/DF	Acrescenta inciso XVII ao art. 41, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para permitir visita íntima em igualdade de condições e normas para presos de ambos os sexos.	Apensado ao PL 4684/2001
PL 4914/2009	Câmara	José Genoíno - PT/SP , Manuela D'ávila - PCdoB/RS, Maria Helena- PSB/RR e outros	Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Aplica à união estável de pessoas do mesmo sexo os dispositivos do Código Civil referentes a união estável entre homem e mulher, com exceção do artigo que trata sobre a conversão em casamento.	Apensado ao PL 580/2007

PL 3712/2008	Câmara	Maurício Rands- PT/PE	Altera o inciso II do art. 35 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, incluindo na situação jurídica de dependente, para fins tributários, o companheiro homossexual do contribuinte e a companheira homossexual da contribuinte do Imposto de Renda de Pessoa Física e dá outras providências.	Arquivada
PL 674/2007	Câmara	Vaccarezza- PT/SP	Regulamenta o art. 226, § 3º da Constituição Federal, união estável, institui o divórcio de fato. Estabelece o estado civil das pessoas em união estável como o de consorte. Altera a Lei nº 10.406, de 2002 e revoga as Leis nºs 8.971, de 1994 e 9.278, de 1996.	Aguardando Deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)
PL 580/2007	Câmara	Clodovil Hernandes - PTC/SP	Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva.	Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF)
PL 6874/2006	Câmara	Laura Carneiro- PFL/RJ	Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva.	Arquivada
PL 6297/2005	Câmara	Maurício Rands - PT/PE	Acresce um parágrafo ao art. 16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e acresce uma alínea ao inciso I do art. 217 da Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990, para incluir na situação jurídica de dependente, para fins previdenciários, o companheiro homossexual do segurado e a companheira homossexual da segurada do INSS e o	Arquivada

			companheiro homossexual do servidor e a companheira homossexual da servidora pública civil da União.	
PL 4684/2001	Câmara	Marcos Rolim - PT/RS	Altera o art. 41, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal. Exclui exigências para a visita íntima; confere aos presos direitos a eleger representação prisional junto à administração da instituição penal; possibilita o acesso aos meios de comunicação bem como o direito à informação sobre a situação jurídica dos apenados e a utilização de instrumentos musicais e pessoais dentro da cela.	Apensado ao PL 107/1999
PL 1151/1995	Câmara	MARTA SUPLICY - PT/SP	Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Altera as Leis nºs 8.112, de 1990 e 6.815, de 1980.	Pronta para Pauta no PLENÁRIO (PLEN)

PROJETOS DE LEI – INTERVENÇÃO CIRÚRGICA ALTERAÇÃO DE SEXO

PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA	CASA	AUTOR	ASSUNTO	SITUAÇÃO ATUAL
PL 4870/2016	Câmara	Laura Carneiro - PMDB/RJ	Acresce dispositivo à Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para dispor sobre substituição de prenome e alteração de sexo no registro civil de nascimento de transexuais e travestis.	Apensado ao PL 70/1995
PL 70/1995	Câmara	José Coimbra - PTB/SP	Dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e	Pronta para Pauta no

			dá outras providências. Admite a mudança do prenome mediante autorização judicial nos casos em que o requerente tenha se submetido a intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo original, ou seja, operação transexual. Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 1940.	PLENÁRIO (PLEN)
PROJETOS DE LEI – IDENTIDADE DE GÊNERO				
PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA	CASA	AUTOR	ASSUNTO	SITUAÇÃO ATUAL
PL 4931/2016	Câmara	Ezequiel Teixeira - PTN/RJ	Dispõe sobre o direito à modificação da orientação sexual em atenção a Dignidade Humana.	Aguardando Designação de Relator na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF)
PL 1531/2015	Câmara	Chico D'Angelo - PT/RJ	Altera a Lei nº 9.029, de 13 de Abril de 1995, e dá outras providências. Proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de orientação sexual, doença crônica ou HIV/SIDA e religião, e criminaliza a violação dos direitos de personalidade e de intimidade.	Apensado ao PL 7727/2014
PL 4870/2016	Câmara	Laura Carneiro - PMDB/RJ	Acresce dispositivo à Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para dispor sobre substituição de prenome e alteração de sexo no registro civil de nascimento de transexuais e travestis.	Apensado ao PL 70/1995
PL 2138/2015	Câmara	Erika Kokay - PT/DF	Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para punir a discriminação ou preconceito quanto à	Apensado ao PL 1959/2011

			identidade de gênero ou orientação sexual.	
PL 8032/2014	Câmara	Jandira Feghali - PCdoB/RJ	Amplia a proteção de que trata a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha - às pessoas transexuais e transgêneros.	Pronta para Pauta na Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM)
PL 7524/2014	Câmara	Jean Wyllys - PSOL/RJ	Altera dispositivos da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso. Garante que as entidades que desenvolvam programas de institucionalização de longa permanência aos idosos exerçam suas funções de modo a preservar a dignidade dessas pessoas, respeitando-as independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero.	Pronta para Pauta na Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM)
PL 5002/2013	Câmara	Jean Wyllys - PSOL/RJ, Erika Kokay - PT/DF	Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Projeto denominado Lei João W. Nery, Lei de Identidade de Gênero.	Pronta para Pauta na Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM)
PL 4916/2012	Câmara	Jean Wyllys - PSOL/RJ	Altera o art. 3º da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, para incluir o inciso V no § 2º, e o § 14, a fim de assegurar preferência às empresas que tenham programas pró-equidade de gênero, identidade de gênero, orientação sexual e/ou raça/etnia, bem como projetos de inserção de idosos e idosas no mercado de trabalho como critério de desempate no processo licitatório.	Apensado ao PL 2304/2003

PL 4241/2012	Câmara	Erika Kokay - PT/DF	Dispõe sobre o direito à identidade de gênero.	Apensado ao PL 70/1995
PL 2976/2008	Câmara	Cida Diogo - PT/RJ	Acrescenta o art. 58-A ao texto da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências, criando a possibilidade das pessoas que possuem orientação de gênero travesti, masculino ou feminino, utilizarem ao lado do nome e prenome oficial, um nome social	Apensado ao PL 70/1995
PL 6655/2006	Câmara	Luciano Zica - PT/SP	Altera o art. 58 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que "dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências". Possibilitando a substituição do prenome de pessoa transsexual.	Aguardando Apreciação pelo Senado Federal

PROJETOS DE LEI – DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL

PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA	CASA	AUTOR	ASSUNTO	SITUAÇÃO ATUAL
PL 4359/2016	Câmara	Atila A. Nunes - PSL/RJ	VEDA QUALQUER TIPO DE CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE EMPRESAS OU INSTITUIÇÕES QUE COMETAM PRÁTICAS PRECONCEITUOSAS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.	Apensado ao PL 4916/2012
PL 1846/2011	Câmara	Carmen Zanotto - PPS/SC	Altera a alínea "c" do inciso I do art. 1º da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997 - Lei da Tortura. Estabelece que constitui crime de tortura constranger	Pronta para Pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)

			alguém em razão de discriminação sexual.	
PL 4373/2008	Câmara	Sueli Vidigal - PDT/ES	Dispõe sobre a proibição de tratamento discriminatório aos cidadãos doadores de sangue por parte das entidades coletoras.	Arquivada
PL 6871/2006	Câmara	Laura Carneiro - PFL/RJ	Altera a redação do art. 235 do Código Penal Militar, excluindo do nome jurídico o termo "pederastia" e do texto a expressão "homossexual ou não" e acrescentando parágrafo único, para excepcionar a incidência. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 1969.	Apensado ao PL 2773/2000
PL 6818/2005	Câmara	Senado Federal - Paulo Paim - PT/RS	Define os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. Incluindo o crime de discriminação no mercado de trabalho, injúria resultante de preconceito, apologia ao racismo, atentado contra a identidade étnica, religiosa ou regional e associação criminosa, tornando os crimes inafiançáveis e imprescritíveis. Revogando a Lei nº 7.716, de 1989.	Pronta para Pauta no PLENÁRIO (PLEN)
PL 3770/2004	Câmara	Eduardo Valverde - PT/RO	Dispõe sobre a promoção e reconhecimento da liberdade de orientação, prática, manifestação, identidade, preferência sexual e dá outras providências. Altera as Leis nºs 8.213, de 1991; 9.029, de 1995 e 10.406, de 2002.	Arquivada

PL 2383/2003	Câmara	Maninha - PT/DF	Altera a Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, que "Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde", na forma que especifica e dá outras providências. Estabelece que as operadoras de planos de saúde não poderão criar restrições à inscrição de pessoas como dependentes de outras em função de pertencerem ao mesmo sexo.	Aguardando Deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)
PL 726/2003	Câmara	Fernando de Fabinho - PFL/BA	Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, proibindo a prestação de informação falsa a órgãos de segurança por meio de serviço de telecomunicações.	Arquivada
PL 287/2003	Câmara	Laura Carneiro - PFL/RJ	Dispõe sobre o crime de rejeição de doadores de sangue resultante de preconceito por orientação sexual. Altera a Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989.	Pronta para Pauta no PLENÁRIO (PLEN)
PL 5452/2001	Câmara	Iara Bernardi - PT/SP	Altera a Lei nº 5.473, de 10 de julho de 1968, que "regula o provimento de cargos sujeitos a seleção". Proíbe a discriminação ou preconceito decorrentes de raça, cor, etnia, religião, sexo ou orientação sexual, para o provimento de cargos sujeitos a seleção para os quadros do funcionalismo público e das empresas privadas.	Apensado ao PL 6418/2005
PL 3980/2000	Câmara	Senado Federal - Geraldo Candido - PT/RJ	Dispõe sobre a proibição da expressão "boa aparência" nos anúncios de recrutamento e seleção de pessoal e	Pronta para Pauta no PLENÁRIO (PLEN)

			dá outras providências.	
PL 3099/2000	Câmara	Pompeo de Mattos - PDT/RS	Dispõe sobre a obrigatoriedade de disciplina "Orientação Sexual", nos currículos de 5ª e 6ª séries do ensino fundamental das escolas públicas e privadas.	Apensado ao PL 434/1999
PL 2773/2000	Câmara	Alceste Almeida - PMDB/RR	Altera a redação do art. 235, do Código Penal Militar, excluindo do texto o crime de pederastia. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 1969.	Pronta para Pauta no PLENÁRIO (PLEN)
PL 2367/2000	Câmara	Vicente Caropreso - PSDB/SC	Altera o art. 1º da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que "define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor", para incluir os de gênero e de opção sexual.	Apensado ao PL 1904/1999
PL 1904/1999	Câmara	Nilmário Miranda - PT/MG	Altera o art. 1º da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que "Define os Crimes Resultantes de Preconceitos de Raça ou de Cor" e dá outras providências. Define também como crime, a discriminação ou preconceito de etnia, religião, procedência nacional ou orientação sexual.	Arquivada

PROJETOS DE LEI – ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO

PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA	CASA	AUTOR	ASSUNTO	SITUAÇÃO ATUAL
PL 2153/2011	Câmara	Janete Rocha Pietá - PT/SP	Altera o § 2º do art. 42 da Lei nº 8.069 de 13 de junho de 1990, para permitir a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos.	Apensado ao PL 7018/2010

<p>PL 7018/2010</p>	<p>Câmara</p>	<p>Zequinha Marinho - PSC/PA</p>	<p>Veda a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo. Altera a Lei nº 8.069, de 1990.</p>	<p>Arquivada</p>
---------------------------------------	---------------	--	---	------------------

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

ACÓRDÃO: 201612123
RECURSO: Apelação
PROCESSO: 201500729444
RELATOR: ELVIRA MARIA DE ALMEIDA SILVA
APELANTE E.A.L. Advogado: ANNIELLY SOUZA PRIMO
APELANTE L.R.A. Advogado: ANTONIO MORTARI
APELADO E.A.L. Advogado: ANNIELLY SOUZA PRIMO
APELADO L.R.A. Advogado: ANTONIO MORTARI

EMENTA

**APELAÇÃO CÍVEL – UNIÃO ESTÁVEL
ESCRITURA PÚBLICA – PRELIMINARE
TESTEMUNHAS OUVIDAS QUE NÃO CO
COM O QUE FORA DECLARADO NA E
PROVA PLENA EM RELAÇÃO AO C
PRESSUPÕE ANTERIOR PERÍODO DE N
UNIÃO QUE DEVE SER PARTILHADOS
1º/01/2012 A 15/02/2014 – NECESS
PARA COMPLEMENTAÇÃO DE RENDA –
SE IMPÕE – RECURSO DE APELAÇÃO C
ADESIVO IMPROVIDO.**

**- Sentença reformada apenas para re
mínimos, mantendo-os, quanto à duraç
02 anos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores do Grupo IV da 1ª Câmara Cível do Tribunal em unanimidade, conhecer do agravo retido para lhe negar provimento, **bem como para conhecer do apelo e do recurso adesivo para lhe negar provimento** na conformidade do voto da relatora a seguir, que fica fazendo parte

Aracaju/SE, 12 de Julho de 2016.

DESA. ELVIRA MARIA DE ALMEIDA SILVA
RELATOR

RELATÓRIO

Elma Anjos Leite e Lucy Rodrigues Almeida, inconformadas com a decisão proferida pelo Juízo da 23ª Vara Cível de Aracaju, nos autos da **Ação de Dissolução de União Homoafetiva – cumulada com Dissolução e Fixação de Alimentos Provisórios** interposta pela segunda em face da primeira, interpuseram os presentes

Busca a Autora ver reconhecida judicialmente a união homoafetiva com a ré, pelo período de seis anos e quatro meses, cuja dissolução ocorreu em 15 de fevereiro de 2014, sobre os bens amealhados na constância da união e quanto a alimentos necessários à sua subsistência.

A sentença monocrática reconheceu a união homoafetiva das partes, decretando a sua dissolução e determinando a partilha dos bens amealhados na constância da união, com a fixação de alimentos equivalente a 4,5 (quatro e meio) salários mínimos, durante dois anos.

Apela a Requerida, alegando, primeiramente, a necessidade de recebimento do recurso em duplo efeito e ratificando as razões do agravo retido interposto, cuja decisão tendo a sentença reconhecido a união apenas no período de 1º/01/2012 a 15/02/2014, não há como se reconhecer dependência econômica em período de não demonstrou a necessidade de recebimento de alimentos, não podendo esta ser presumida. Diz que quando foram dissolver a relação em Cartório, a Autora deixou alimentos e que estes não lhe são devidos, uma vez que possui emprego e ainda recebe pensão do seu ex-marido, tanto assim que contratou um dos mais conceituados advogados na causa. Assevera que o valor dos alimentos fixados na sentença é superior à renda mensal auferida pela Recorrente, o que impossibilita o seu pagamento. Alega que o juiz que instruiu o feito não foi o mesmo que o julgou, o que teria violado o princípio da imediatidade e identidade física do juiz. Informa que o juiz que instruiu o feito somente foi feito pela sentenciante, mesmo sem nenhum fato novo que a autorizasse a tal. No mérito, nega a intenção de formar família com a Autora e que namora, uma vez que nunca existiu o "affectio maritalis". Afirma que cada uma mora em sua própria casa e que não teve contato com os filhos da Autora, uma vez que seus filhos com seus namorados. Diz que a relação de namoro somente foi alçada ao casamento em 15 de outubro de 2013 quando foram ao Cartório reconhecer o casamento. Nega a existência de esforço comum na construção do patrimônio que se pretende amealhar e que este é fruto do seu trabalho isolado. Pugna pelo provimento da sentença.

Em contrarrazões, a Autora alega, preliminarmente, que o apelo é deserto posto que não foram pagas as custas finais do processo, mas tão somente o preparo pugnano pela extensão do prazo de reconhecimento da união homoafetiva.

Em sede de recurso adesivo, a Autora alega que a escritura de união estável comprova que a mesma se verificou entre meados de 2007 a 2014, sustentando a infirmada. Nesses termos, pugna pela reforma da sentença para que se reconheça a união homoafetiva no período apontado na escritura pública acostada aos autos.

A parte requerida apresentou contrarrazões ao recuso adesivo interposto pela parte autora.

É o relatório. Designe-se pauta.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade dos recursos, impõe-se o conhecimento dos mesmos.

Trata-se de ação na qual se busca o reconhecimento de união homoafetiva supostamente havida entre as senhoras Almeida, pelo declarado período de seis anos e quatro meses, bem como os efeitos decorrentes desse reconhecimento (bens) e alimentar (pensão alimentícia).

Antes de adentrar o mérito da causa, cumpre-me apreciar o agravo retido interposto pela Requerida em data anterior à modalidade recursal.

Discute-se naquele agravo, se a magistrada poderia ter condicionado a impugnação à avaliação à apresentação de particular.

Pois bem. De fato, a exigência é descabida, pois não se pode condicionar o direito da parte a providências que lhe inibem de impugnar a avaliação segundo os critérios que entende pertinentes, não podendo ser obrigado a pagar por aversão ao direito à insurreição.

Ocorre que, por ora, a avaliação se mostra irrelevante para a solução do caso em apreço, haja vista que a ameaça não se refere a espécies, e não sobre os valores a eles correspondentes, que somente serão apurados em sede de liquidação, quando da sentença. Dessa forma, inexistindo prejuízo para a parte, não há que ser reconhecida a nulidade do ato, razão pela qual a impugnação é **interposta**.

No tocante à violação ao princípio da identidade física do juiz, alegado sob o fundamento de que o juiz que instruiu o processo não é o mesmo que julgou, ressalto que tal princípio não é absoluto e suas exceções são facilmente avistáveis na própria legislação processual, como ocorre com o magistrado diverso daquele que instruiu o feito, nos casos em que o juiz estiver convocado, licenciado ou vislumbra no caso em apreço, com sucessivas intervenções de juízes substitutos. Assim, rejeito a preliminar de nulidade por violação ao princípio da identidade física do juiz.

A Constituição Federal de 1988 alçou a união estável à condição de entidade familiar, facilitando a sua conversão em casamento.

Por sua vez, o Código Civil vigente estabelece que o seu reconhecimento depende da demonstração dos elementos de prova, como a publicidade, continuidade, estabilidade e objetivo de constituição de família, nos termos do que dispõe o art. 1.723.

A doutrina mais abalizada sustenta que o reconhecimento da aludida união requer prova plena de sua existência para que os efeitos decorrentes do reconhecimento possam ser verificados.

Euclides de Oliveira, em sua obra "União estável, do concubinato ao casamento", 6ª edição, editora Método, p. 149, afirma que:

"A situação de convivência em união estável exige prova segura para que se reconheça sua existência e se produzam os efeitos decorrentes do reconhecimento".

A seguir, ao apresentar os requisitos para configuração da união estável destaca:

[...] "a) convivência, b) ausência de formalismo, c) diversidade de sexos, d) unicidade de vínculo, e) estabilidade: do objetivo de constituição de família e i) inexistência de impedimentos matrimoniais. Não basta a presença de apenas que todos se mostrem evidenciados para que a união seja considerada estável. A falta de um deles pode levar ao recuo de outra ordem." (p. 122).

Inovando o ordenamento jurídico, em maio de 2011, no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, de relatoria do em o Supremo Tribunal Federal entendeu ser constitucional a união homoafetiva, ou seja, de pessoas do mesmo se deveres que emanam da união estável havida entre um homem e uma mulher. A partir desses julgamentos, ficou judicialis em que se pretende o reconhecimento de tais uniões, para fins de garantia dos direitos das pessoas envolvidas.

Diversamente do casamento, que se prova com a respectiva certidão, o reconhecimento da união estável deve demonstrar, com segurança, que o relacionamento se assemelha, em tudo e perante todos, ao casamento.

À vista de tais ensinamentos, passo à análise do mérito da causa.

Avista-se nos autos escritura pública confeccionada em 15/10/2013, em que as partes envolvidas reconhecem a união posteriormente, nova escritura pública em que a declaram dissolvida em 15/02/2014, sem nada disporem acerca de

De logo, registro que dúvidas não há de que a união estável de fato existiu, uma vez que as partes livremente a pública, não sendo o referido documento impugnado por qualquer das partes, nem invalidado.

Não bastasse isso, as testemunhas ouvidas também informaram acerca da existência da união homoafetiva entre as partes no casamento para as pessoas mais próximas do seu círculo de amizades.

A própria Requerida, em seu depoimento pessoal, afirma que forneceu a senha do seu cartão bancário, bem com fizesse suas transações bancárias, tendo informado, também, que a mesma admitia pessoas na lanchonete, o que demonstra de gerenciamento do empreendimento, atitudes essas que apenas confirmam o aprofundamento da confiança existente da união estável entre elas.

Ressalto, aqui, que não é necessária a coabitação sob o mesmo teto das partes para que seja reconhecida a união que resta pacificado na jurisprudência pátria. Dessa forma, o fato da Autora não morar efetivamente com a Requerida não impede o reconhecimento da união homoafetiva formada por elas, que autoriza a proteção legal reclamada.

Todavia, ainda que firmada a declaração de que a união existente entre as partes superava o período de seis anos, depoimentos das testemunhas, que tal assertiva é verdadeira.

Ora, mesmo constando de escritura pública lavrada em cartório que as partes conviveram maritalmente desde 2006, plena, uma vez que o conteúdo das declarações podem não ser verdadeiros, o que não invalida o documento. Assim se:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. LEGITIMIDADE ATIVA. NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA DECORRE DO TÍTULO JUDICIAL, SUBSISTINDO ENQUANTO ESTE NÃO FOR DESCONSTITUÍDO, CIVIL. É PROVA PLENA REFERIDA NO ARTIGO 134, PAR. 1. DO CÓDIGO CIVIL DIZ RESPEITO AO ATO JURÍDICO PÚBLICO, NADA REFLETINDO NO CONTEÚDO DAS DECLARAÇÕES FEITAS PELAS PARTES, QUE PODE SER ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

(REsp 36.174/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/1996, DJ 21/10/1996)

Humberto Theodoro Júnior, acerca da validade da escritura pública como prova, anota:

"A fé pública que confere à escritura a força de prova plena quer dizer que do ato notarial decorre a presunção de veracidade. Trata-se, porém, de presunção *iuris tantum*, que prevalece enquanto não provado o contrário. Se nenhum dos fatos da escritura pública, ela, por si só, fará prova suficiente, não só entre as partes como em relação a terceiros – p

existência do ato jurídico e aos dados certificados pelo tabelião.

Cumpre, porém, distinguir entre a ciência do tabelião e o conteúdo das declarações das partes. A presunção de veracidade quanto aos fatos que se passaram em presença do tabelião: data, local, identidade, leitura, exibição de comprovantes, fatos de seu conhecimento próprio.

Já no tocante às declarações das partes, o tabelião somente certifica 'que as ouviu e o que ouviu'. Não tem como a ciência plena é, pois, quanto à existência da declaração, e não quanto à veracidade de seu conteúdo. Em outros termos: a ciência por ela se aperfeiçoou." (Comentários ao novo código civil – dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III. Rio de Janeiro, 1999, p. 438).

Nesses termos, tenho que a união estável havida entre as partes pode ser reconhecida por tempo inferior àquele que teria sido mormente quando as testemunhas oitivas comprovam o contrário.

Muito embora a escritura pública afirme que a união homoafetiva teve início em 2007, tal assertiva não restou demonstrada por uma testemunha afirmou que a união datava de 2007, todavia não sabendo precisar porque gravou tal data como verdadeira, que afirmaram que a união teve duração superior a seis anos disseram não saber se se tratava de relacionamento. Ademais, é certo que nenhum relacionamento se constrói logo como união estável. Existe a fase prévia do namoro, relacionamento mais sério, que conduza ao casamento ou a união estável.

No caso em apreço, não se pode olvidar, ainda, que a Sr^a. Elma, antes de se relacionar com a Autora, convivia com a Sra. Vera, consoante informado pela própria em seu depoimento pessoal, fato esse que foi confirmado por outra testemunha. O relacionamento com a referida senhora durou até o ano de 2009. Dessa forma, não haveria como reconhecer a união estável a partir de 2007, posto que nesse período a Requerida já se relacionava com outra mulher, de forma estável.

A escritura pública é datada de 15/10/2013, data em que as testemunhas se referem como o dia em que as litigantes fizeram "alianças de ouro" compradas pela Requerida. Considerando que nesta data as partes resolveram assumir expressamente a entidade familiar, que de há algum tempo já existia, e, considerando o depoimento pessoal da Autora, que afirmou que adquiriu imóveis para assegurar um bom rendimento a título de aposentadoria, tendo a Ré adquirido imóveis em março de 2013, contestado, mantenho o entendimento da juíza sentenciante, que reconheceu a união estável entre as litigantes, garantindo à Autora a meação nos bens amealhados no período e nos valores pagos durante o tempo da união estável, ao apartamento situado no Ed. Padre Arnóbio, adquirido pela Autora em data anterior à da união.

No tocante aos alimentos, verifico que a Autora não fez prova da necessidade alegada. Todavia, extrai-se dos depoimentos que a renda que obtinha junto à lanchonete, da qual foi expulsa pela Ré, que inclusive passou uma parede para impecar o local. Assim, não há como negar que a subsistência da Autora restou comprometida. Friso, ainda, que a Autora e a Requerida lhe propôs fechar o estabelecimento em razão da necessidade de que trabalhasse junto com ela, administrando o restaurante, para atender à demanda que crescia no local.

Por sua vez, cumpre-me lembrar que a Autora é beneficiária de pensão alimentícia fixada "intuitu familiae", paga por ela e os filhos, dos quais dois são maiores e capazes.

Ora, a fixação de alimentos "intuitu familiae" é feita de forma global, ou seja, para o sustento da entidade familiar. A fixação de alimentos não acarreta a supressão do valor total da pensão, muito embora esse possa ser reduzido. Dessa forma, desprovida de renda, mas tão somente daquele que percebia em razão da lanchonete que administrava, valor esse de trezentos reais) diários.

Pois bem. Como ressaltado acima, além da Autora não ter comprovado as suas necessidades, também não conseguiu demonstrar a perda de renda diária apontada, razão pela qual deixo de considerá-la. Todavia, considerando que de fato necessária a fixação de alimentos em favor daquela, por tempo determinado, até que a mesma possa obter nova colocação no mercado de trabalho.

Nesses termos, entendo que a julgadora de piso foi prudente ao estabelecer o prazo de dois anos para pagamento dos alimentos, reconhecendo que o valor ali fixado foi excessivo.

Tendo em vista que a Autora já percebe alimentos para o sustento de sua família, tal como por ela mesma afirmou em seu depoimento, o pagamento de salários mínimos é extremamente excessivo, razão pela qual entendo que deve ser reduzido para 2,5 (dois e meio) salários mínimos, pelo período de dois anos.

Ante o exposto, **conheço do agravo retido interposto, para lhe negar provimento, bem como conheço do recurso de apelação, para lhe negar provimento, e, ainda, do recurso adesivo para improvê-lo, reformando a sentença apenas no que t**

reduzo para dois salários mínimos e meio, mantendo-se a sentença monocrática em todos os seus efeitos de sucumbência.

É como voto.

Aracaju/SE, 14 de Julho de 2016.

DESA. ELVIRA MARIA DE ALMEIDA SILVA
RELATOR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

ACÓRDÃO: 201414202
RECURSO: Apelação
PROCESSO: 201400713048
RELATOR: ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO
Advogado: JOAQUIM DE CALAZANS MELO FILHO
APELANTE L.G.D.S.F.
APELADO I.C.C.T. Advogado: JOSÉ FONSECA GESTEIRA NETO

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - RELAÇÃO HOMOAFETIVA - CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL E ADI 4277/DF - CONTEXTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA CONCLUIR QUE AS PARTES MANTINHAM UM RELACIONAMENTO AFETIVO TÍPICO DE UNIÃO ESTÁVEL, OU SEJA, CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E ESTABELECIDA COM OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA - DETERMINAÇÃO DE PARTILHA DE AGÊNCIA DE TURISMO - APLICAÇÃO DO ART.1725 DO CÓDIGO CIVIL - REFORMA DA SENTENÇA - APELO CONHECIDO E PROVIDO - DECISÃO POR UNANIMIDADE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os integrantes do Grupo IV, da 1ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por unanimidade, conhecer do recurso para lhe dar provimento, em conformidade com o relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Aracaju/SE, 08 de Setembro de 2014.

DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por **LUCILLY GISLEANGELA DE SOUZA FERREIRA** contra a sentença proferida pela M.M. Juíza de Direito da 4ª Vara Privativa de Assistência Judiciária de Aracaju nos da Ação Declaratória de Reconhecimento e Dissolução de União Estável ajuizada contra **ISA CARLA CANDA TOURINHO**.

Eis o desfecho da decisão fustigada:

"Pelo exposto, considerando as razões acima expostas, JULGO IMPROCEDENTE o pedido e, consequentemente, DECLARO EXTINTO O PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, na forma do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para todos os fins de direito.

Sem custas, face à gratuidade processual, devendo cada parte arcar com os honorários de seus respectivos patronos.

P.R.I."(FLS.377/382)

Nas razões do recurso, a autora/apelante sustenta estarem presentes os requisitos da união estável elencados no art.1723 do Código Civil.

Afirma a apelante que conviveu com a apelada nos Estados Unidos, onde juntaram dinheiro para abrir agência de turismo, que foi aberta em nome da requerida.

Aduz que o casamento com o sr. David Santiago, cidadão americano, foi realizado com apenas com o intuito de obter a nacionalidade americana.

Assevera que os depoimentos prestados corroboram com o fato de terem constituído união estável.

Dentre outros argumentos, pugna pelo provimento do recurso.(fls.389/395)

Não foram apresentadas contrarrazões.

Parecer da Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O recurso interposto preenche os requisitos de admissibilidade e merece, portanto, ser conhecido.

O cerne da *vexata quaestio* cinge-se em averiguar se restou configurada união estável entre as partes e qual o período da mesma.

Primeiramente, insta salientar que já é questão pacífica na jurisprudência, a possibilidade de reconhecimento de união estável homoafetiva, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para o reconhecimento da união estável entre homem e mulher.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ, acompanhando o voto do Relator, Ministro Ayres Britto, decidiu, unanimemente, pela procedência das ações propostas e com efeito vinculante, no sentido de excluir qualquer significado que pudesse vir a impedir o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Vejamos precedente do STF neste sentido:

"UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART.

1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) "QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS" (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguala as pessoas em razão de sua orientação sexual. RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere "o monopólio da última palavra" em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina. (RE

477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287 RTJ VOL-00220- PP-00572)

Cumpre, assim, analisar se, no caso concreto, estão presentes os requisitos necessários ao reconhecimento da união estável.

É sabido que a união estável tem a estatura constitucional de entidade familiar, de tal modo que para sua caracterização se exigem certos requisitos, bem delineados pela doutrina, quais sejam, demonstração de existência de relacionamento público, notório, duradouro, que configure um núcleo familiar. Deve haver vida em comum, não necessariamente sob o mesmo teto, mas com sinais claros e indubitáveis de que aquele relacionamento é uma família, cercada de afeto e de uso comum do patrimônio, o que é o caso dos autos.

No caso dos autos, sobejam elementos que demonstram a existência da união estável entre as partes.

Extraí-se do "requerimento de empresa" de fls.124 e do Certificado da Condição de Microempresa de fls.150/151 que a requerida indica o endereço da autora como seu endereço residencial, o que evidencia que as partes residiam juntas à época (ano de 2012).

Infere-se ainda do termo de declarações de fls.180, prestado em delegacia no dia 27 de fevereiro de 2012 e que, portanto, possui fé pública, que a requerida declara ser companheira da autora, bem como indica, mais uma vez, o endereço da autora como seu endereço.

Frise-se, ainda, que os e-mails datados de 2009 acostados às fls.183 e seguintes, demonstram que as partes residiam juntas também nos Estados Unidos, desde 2007, o que também resta claro a partir dos documentos de fls.12/16, referentes a correspondências em nome da autora recebidas no mesmo endereço em que a requerida residia naquele país.

Aliás, a própria requerida, em seu depoimento pessoal, alega que morou com a requerente nos Estados Unidos e que a mudança da mesma para aquele país ocorreu após um pedido seu.

Saliente-se, também, que os referidos e-mails demonstram de forma clara que a relação entre as partes não era meramente sexual, como afirma a ré.

Quanto ao fato de ter a requerente contraído matrimônio com David Santiago (fls.148), cidadão americano, em 04 de dezembro de 2007, é pacífico o entendimento de que é possível o reconhecimento de união estável, mesmo na vigência de casamento, quando demonstrada a separação de fato entre as partes e resta claro nos autos que, o intuito da autora com o casamento foi de, tão somente, obter a cidadania americana.

Assim, a partir da análise das provas acostadas aos autos, entendo que restou configurada a união estável entre as partes.

Todavia, ao contrário do alegado pela autora em sua peça inicial, entendo que o período de união estável foi compreendido entre março de 2007 e outubro de 2012.

Quanto ao término da relação não há divergência entre os depoimentos das partes, ambas alegam que ocorreu em outubro de 2012, todavia, quanto ao início, entendo que não obstante ambas aleguem que começaram a se relacionar no final de 2006, entendo que os requisitos para configuração da união estável apenas foram preenchidos com a ida da autora aos Estados Unidos, o que ocorreu em março de 2007.

Vale frisar que, muito embora o divórcio da requerente com o Sr. Teófilo Cortizo Moreira Neto tenha se concretizado apenas em 27/11/2007 (fls. 153), como já dito acima, é possível o reconhecimento da união estável na constância do casamento, quando comprovada a separação de fato, o que é o caso dos autos.

Ante o exposto, reformo a sentença para reconhecer a união estável entre as partes no período de março de 2007 a 13 de outubro de 2012.

Passo, então, a questão da partilha dos bens adquiridos na constância do relacionamento.

Extraí-se da inicial que os bens vindicados são um veículo HB 20, placa OEL 9026 e a Empresa de Turismo Enjoy Tour (CNPJ: 130013470001158).

Quanto ao veículo, cumpre excluí-lo da partilha, pois restou demonstrado que o mesmo foi presente da mãe da requerida que, conforme extrato bancário de fls.137, efetuou a transferência do valor correspondente no dia 19 de outubro de 2012, ou seja, após o término da relação.

Por outro lado, deve ser feita a partilha da agência de turismo.

Ora, de acordo com o disposto no artigo 1.725 do Código Civil, inexistindo pacto em sentido diverso, as uniões estáveis são regidas pelo regime da comunhão parcial de bens, como é o caso dos autos.

Assim, todos os bens adquiridos onerosamente na constância da relação, devem ser partilhados de forma igualitária entre as partes. In casu, deve, então, ser partilhada a agência de turismo que iniciou suas atividades em fevereiro de 2011, consoante documento de fls.150.

Ante tais considerações, conheço do recurso para lhe dar provimento e julgar parcialmente procedente a demanda, nos termos do art.269, I do CPC, reconhecendo a união estável mantida entre as partes no período de março de 2007 a 13 de outubro de 2012 e, consequentemente, determinando a partilha da agência de turismo Enjoy Tour (CNPJ: 130013470001158).

Inverto o ônus da sucumbência, observando, todavia, o disposto no art.12 da Lei 1.060/50.

É como voto.

Aracaju/SE, 10 de Setembro de 2014.

DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO
RELATOR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

ACÓRDÃO:	20115379	
APELAÇÃO CÍVEL	4020/2010	
PROCESSO:	2010209354	
RELATOR:	DES. CEZÁRIO SIQUEIRA NETO	
APELANTE	SERGIPEPREVIDENCIA INST PREVID	Advogado(a): DENISE TELES PRADO
	SERVIDORES DE SE	MACHADO
APELADO	AYMEE SANTOS	Advogado(a): IGOR EMANUEL SILVA
		MENESES CRUZ

EMENTA

Apelação Cível - Previdenciário - Ação de Habilitação para Percepção de Pensão por Morte - União Homoafetiva - Reconhecimento judicial da existência de união estável por 29 (vinte e nove) anos - Art. 226, § 3º da Constituição Federal - Analogia - Observância dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana - Manutenção da decisão. 1. Ao Judiciário compete o preenchimento das lacunas da lei, adequando-a à realidade social, descabendo, na concessão de pensão por morte a companheiro ou companheira homossexual, qualquer discriminação em virtude de opção sexual do indivíduo, sob pena de violação ao caput, do art. 5º, da Constituição Federal. 2. - Provada a existência de união homoafetiva entre a autora e a ex-segurada, tendo em vista relacionamento amoroso e a longa convivência comum e o caráter familiar externado, inclusive com reconhecimento judicial que estendeu todos os efeitos jurídicos e legais à relação, é de se reconhecer à companheira sobrevivente o direito de receber o benefício previdenciário de pensão por morte. - 3. - Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM, por unanimidade, os Desembargadores do Grupo III, da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, negar provimento ao Apelo.

Aracaju/SE, 03 de Maio de 2011.

DES. CEZÁRIO SIQUEIRA NETO
RELATOR

RELATÓRIO

Desembargador Cezário Siqueira Neto (Relator): Trata-se de recurso de apelação interposto pelo INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE SERGIPE - IPES, nos autos da Ação de Habilitação para Percepção de Pensão por Morte promovida por AYMEE SANTOS, contra a sentença assim vazada: "(...) Julgo procedentes os pedidos, contidos na presente Ação de Habilitação para Percepção de Pensão por Morte tombada sob o nº 200911200016, proposta por Aymee Santos contra o Instituto de Previdência do Estado de Sergipe - IPES, em razão do que, declaro a requerente como dependente da ex-segurada Reinalda Maria Mousinho Martin, pelo que condeno o requerido a pagar a requerente a pensão por morte, desde a data do óbito, nos moldes pleiteados na exordial e de acordo com as razões acima e anteriormente aduzidas. (...) (Trecho da sentença de fls. 109/119 prolatada pelo Juiz de Direito Marcos de Oliveira Pinto). Na inicial (fls. 02/16) a autora alegou ter reconhecida e dissolvida a sua união estável com sua companheira Reinalda Maria Teixeira Mousinho de Albuquerque, união esta compreendida entre o ano de 1977 até a morte desta última datada de 04 de janeiro de 2006, tendo a relação perdurado por 29 (vinte e nove) anos, sendo esta de caráter notório perante as pessoas que presenciaram a convivência de ambas. Diz que na Ação de União Estável - Processo nº 2007106006-08 - a sentença outorgou ao relacionamento entre ambas todos os efeitos legais e jurídicos de um relacionamento tido como 'convencional', com fulcro no art. 226 da Constituição Federal c/a art. 1.723 e seguintes do Código Civil e Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal. Em suas razões de apelação - fls. 120/127 - o Instituto de Previdência afirma que a pretensão da apelada em ver reconhecido o direito à pensão, pela qualidade de companheira da ex-segurada, falecida em 04/01/2006, não encontra amparo legal. Alega que a companheira em relação homossexual não está contemplada pelo art. 226 da Constituição Federal, pois a lei maior protege a união entre homem e mulher e não entre pessoas do mesmo sexo, além do que a convivência homossexual não pode ser convertida em casamento, motivo pelo qual não tem a recorrida direito ao benefício previdenciário pleiteado. Ressalta que o eventual reconhecimento jurisprudencial do direito a ex-companheira homossexual perceber pensão por morte no âmbito do Regime Geral de Previdência Social dos trabalhadores, não obriga a adoção do referido benefício na esfera estadual, mesmo porque a pensão por morte devida ao cônjuge ou companheiro depende de lei estadual regulamentadora e fonte de custeio, não havendo previsão na Lei Complementar nº 113/2005 para o caso dos autos. Acrescenta que o reconhecimento da pensão pretendida pela recorrida, sem previsão legal, acarretaria no cometimento de um ato ímprobo, o qual induziria em favorecimento ou enriquecimento ilícito e, por tal motivo, o benefício previdenciário não foi concedido na via administrativa. Apresentadas as contrarrazões - fls. 129/142 - pugnando pela manutenção do decisum em todos os seus termos, destacando o princípio da dignidade da pessoa humana a amparar seu pleito e acrescentando que o Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS - vem admitindo a possibilidade de concessão de benefício às pessoas que convivem em relação homoafetiva, com base na Instrução Normativa nº 25/2000. Remetidos os autos à Procuradoria Geral de Justiça, o Procurador Luiz Valter Ribeiro Rosário entendeu pela desnecessidade de intervenção ministerial, embasado na Recomendação CNMP nº 16/2010. É o relatório. À revisão.

VOTO

Desembargador Cezário Siqueira Neto (Relator): O recurso obteve trâmite regular quanto às condições indispensáveis ao conhecimento. Trata-se de demanda de Ação de Habilitação para Percepção de Pensão por Morte manejada por AYMEE SANTOS em desfavor do INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE SERGIPE - INSS, objetivando o pagamento de pensão por morte da sua companheira Reinalda Maria Teixeira Mousinho de Albuquerque, com a qual mantinha união estável homoafetiva por 29 (vinte e nove) anos, reconhecida através de Ação Declaratória, tombada sob o nº 200710600668. A sentença julgou procedente o pleito, declarando a recorrida dependente da ex-segurada Reinalda Maria Mousinho Martin e condenando o Instituto Previdenciário ao pagamento de pensão por morte, desde a data do óbito. O Instituto Previdenciário recorre sustentando a impossibilidade de concessão do benefício previdenciário, por entender inexistente legislação para amparar o pleito. Comungo da opinião de que não se pode negar à união homoafetiva, quando preenchidos os requisitos da união estável, o caráter de entidade familiar, e conseqüentemente, impõe-se o reconhecimento dos direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Nessa trilha, tem-se que o art. 226 da Constituição Federal não deve ser analisado de forma isolada e/ou restritivamente, veja o que diz o referido artigo: □Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.□ A interpretação mais ampla a ser dada ao referido artigo é no sentido de que ao declarar o Estado a proteção à união estável entre homem e mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva. Pois, há que se considerar que na época da promulgação da Constituição, ou seja, há quase 23 (vinte e três) anos atrás, o legislador não teve essa preocupação, fazendo-se necessário a aplicação analógica da norma para as situações atuais, anteriormente não lembradas. A respeito do tema, precisa é a lição trazida por Maria Berenice Dias, a saber: □(...) A Constituição, rastreando os fatos da vida, viu a necessidade de reconhecer a existência de relações afetivas fora do casamento. Assim, emprestou especial proteção às entidades familiares formadas por um dos pais e sua prole, bem como à união estável entre homem e mulher. Esse elenco, no entanto, não esgota as formas de convívio merecedoras de tutela. A norma (CF 226) é uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. Não se pode deixar de reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Têm origem em um vínculo afetivo, devendo ser identificados como entidade familiar a merecer a tutela legal. (...) O princípio norteador da Constituição, que baliza o sistema jurídico, é o que consagra o respeito à dignidade humana. (...) (Maria Berenice Dias - in Manual de Direito das Famílias - 5ª Edição - Editora Revista dos Tribunais - pág. 187). Ora, é incontroverso nos autos a existência da união estável entre a recorrida e a ex-segurada, união esta duradoura, pois perdurou por 29 (vinte e nove) anos, extinguindo-se em razão do falecimento da ex-segurada. Atente-se para o fato de que a referida união foi reconhecida através de sentença - Processo nº 200710600608 - a qual determinou a produção de efeitos jurídicos e legais decorrentes do reconhecimento e dissolução da união. Desse modo, se reconhecida a união estável, geradora de direitos e obrigações em vida, como o apoio emocional, a assistência mútua, seja econômica, psicológica, dentre outras, não haveria razão para se negar, após a morte da ex-segurada, o pensionamento a sua companheira. Sobre o tema a jurisprudência mineira já se posicionou: □AÇÃO ORDINÁRIA - UNIÃO HOMOAFETIVA - ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL PROTEGIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRINCÍPIO DA IGUALDADE (NÃO-DISCRIMINAÇÃO) E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA DE UM PARCEIRO EM RELAÇÃO AO OUTRO, PARA TODOS OS FINS DE DIREITO - REQUISITOS PREENCHIDOS - PEDIDO PROCEDENTE. - À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. - O art. 226, da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. - A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito. (Processo nº 1.0024.06.930324-6/001(1) - Relatora Desembargadora Heloísa Combat - Data da Publicação: 27/07/2007). Calha trazer então o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, vejamos: □Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão post mortem. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Necessidade de demonstração

inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários. - Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais. - O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos. Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas. - O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. - Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos. - A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. - Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. - A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. - A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual. - Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legiti

mada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário. - Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável. - Se por força do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares. - □A proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social□ de modo que □os normativos internos dos planos de benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes□. - O direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualitariamente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas.- Incontroversa a união nos mesmos moldes em que a estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à pensão por morte, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque □a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares□. - Mediante ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da

analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma à Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal. - Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ. Recurso especial provido. (REsp 1026981/RJ - Relatora Ministra Nancy Andrighi - 3ª Turma Julgadora - Data do Julgamento: 04/02/2010). Sabe-se, ainda, que nem sempre a evolução legislativa acompanha as mudanças da sociedade, desse modo, cabe ao Poder Judiciário, preencher as lacunas existentes na lei, adequando-a às necessidades sociais, utilizando-se para tanto os princípios hermenêuticos, descabe assim a alegação do recorrente, quanto a negativa de pagamento da pensão diante da inexistência de lei. A pretensão, com base em regras solidificadas, de excluir as chamadas relações homoafetivas, sob o argumento de ausência de previsão legal expressa, se constitui em ato discriminatório e portanto, inaceitável em face do que dispõe o caput do art. 5º da Constituição Federal. Para concluir, novamente valho-me dos ensinamentos de Maria Berenice Dias, a saber: □Nem a ausência de leis, nem a omissão do Judiciário podem levar à exclusão da tutela jurídica. Preconceitos de ordem moral não devem servir de justificativa para alijar direitos. É descabido negar proteção e subtrair direitos a quem vive fora dos padrões sociais e busca direito não previsto em norma legal expressa. Ao se atribuírem possíveis efeitos jurídicos a tais relacionamentos, irrelevante emitir juízo valorativo sobre essa contingência social. Inviável uma valoração tão-somente moral, porque a convicção subjetiva de cada um, além de ser mutável, não se baseia em critérios uniformes da opinião pública. Qualquer construção jurídica que se pretenda fazer supostamente científica não se compadece com tal subjetivismo. Na medida em que o relacionamento íntimo entre duas pessoas do mesmo sexo pode ter efeitos jurídicos relevantes, é mais razoável que se faça uma abordagem jurídica e técnica da questão, e não uma análise moral, porque essa última, além de ser excessivamente subjetiva, concluirá pela negativa de qualquer efeito útil. (Maria Berenice Dias - in Manual de Direito das Famílias - 5ª Edição - Editora Revista dos Tribunais - pág. 191). Por todo o acima consignado, conheço do recurso para lhe negar provimento, mantendo-se incólume a decisão a quo em todos os seus termos.

Aracaju/SE, 03 de Maio de 2011.

DES. CEZÁRIO SIQUEIRA NETO
RELATOR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

ACÓRDÃO:	20112970	
APELAÇÃO CÍVEL	5802/2010	
PROCESSO:	2010213423	
RELATOR:	DESA. SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA	
APELANTE	E.S.D.S.	Advogado(a): LEZIO LOPES DA ROCHA
APELANTE	M.J.D.O.S.	Advogado(a): LEZIO LOPES DA ROCHA
APELADO	C.L.S.	Advogado(a): ROBERIA SILVA SANTOS

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL - CONSTITUCIONAL, CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - RELAÇÃO HOMOAFETIVA - POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO COM STATUS DE UNIÃO ESTÁVEL, INCLUSIVE PARA FINS DE RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO NOS ARTIGOS 226, §3º DA CF E 1723 DO CC - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - O JULGADOR NÃO PODE ESQUIVAR-SE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - AUTORIZADO, NESTE CASO, O EMPREGO DOS MÉTODOS INTEGRATIVOS DA LEI, INCLUSIVE DA ANALOGIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 4º DA LICC - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA IGUALDADE E DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO ENTRE OS SEXOS - HIPÓTESE DIVERSA IMPEDE O RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO HOMOAFETIVA COMO REQUERIDO PELO APELADO - EXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO JUDICIAL DE UNIÃO ESTÁVEL HAVIDA ENTRE O DE CUJUS E A PRIMEIRA APELANTE EM PERÍODO CONCOMITANTE - CONCUBINATO DESLEAL - INADMISSIBILIDADE PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, CUJO SISTEMA NÃO ADMITE A COEXISTÊNCIA DE DUAS ENTIDADES FAMILIARES, COM CARACTERÍSTICAS DE PUBLICIDADE, CONTINUIDADE E DURABILIDADE VISANDO A CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA - ANALOGIA COM A BIGAMIA - PRECEDENTES DO STJ E DO TRIBUNAL DE MINAS GERAIS - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO - VOTAÇÃO UNÂNIME

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM, por unanimidade, os Desembargadores do Grupo IV, da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, em conhecer do presente recurso para LHE DAR PROVIMENTO, em conformidade com o relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Aracaju/SE, 22 de Março de 2011.

DESA. SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA
RELATOR

RELATÓRIO

Desembargadora SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA (RELATORA): Cosme Leite Santos propôs Ação de Reconhecimento de Sociedade de Fato em face de Estérfane Silva de Santana, menor representada por sua genitora Maria José de Oliveira Silva, com a finalidade de obter direito ao rateio da pensão por morte de Cosme de Santana, com quem alega ter mantido relação homoafetiva durante doze (12) anos (de 1990 a 2002), até a data do falecimento do de cujus. Convencido pela prova dos autos, o juízo monocrático julgou procedente o pleito inicial, nos seguintes termos: (...) "Posto isto, face às razões explicitadas, julgo PROCEDENTE O PEDIDO autoral para reconhecer a Sociedade de Fato havida entre Cosme Leite Santos e Cosme de Santana, reconhecendo, ainda, o direito do Autor, na condição similar ao de companheiro, ao benefício previdenciário havido em virtude do falecimento do Sr. Cosme de Santana e, como consequência, extingo o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I do Código de Processo Civil. Face a gratuidade judiciária, sem custas e honorários advocatícios nos termos da Lei 1.060/50..." Inconformadas, apelam Maria José de Oliveira Silva e Estérfane Silva de Santana. Em suas razões (fls. 97/102) alegam violação ao artigo 226, §3º, da Constituição Federal e ao art. 1723, §1º, do Código Civil, em virtude de não haver previsão legal para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e também porque o falecido conviveu em união estável com a primeira apelante durante o período requerido pelo recorrido até a morte do de cujus, motivo que, por si só, enseja impedimento ao reconhecimento havido pelo juízo a quo. Outrossim, aduzem que o apelado não se encontra entre os beneficiários das pensões dos Servidores Públicos Federais listados no art. 217 da Lei nº 8.112/90. Impugnam os depoimentos testemunhais em razão do grau de amizade com o recorrido e, por fim, pedem a total improcedência dos pedidos iniciais. Contrarrazões apresentadas às fls. 109/128 pela manutenção da sentença vergastada. Parecer ministerial pelo desprovimento da apelação. (fls. 123/127) É o relatório.

VOTO

Desembargadora SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA (RELATORA): Ao juízo de admissibilidade, conheço do recurso. Pretendem as apelantes a reforma da decisão a quo, prolatada nos autos da ação de reconhecimento de sociedade de fato post mortem manejada por Cosme Leite Santos com a finalidade de ratear o benefício previdenciário deixado por Cosme de Santana. Fundamentam o recurso aviado, primeiramente, na ausência de previsão legal ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, em violação aos artigos 226, §3º, e 1723, da Constituição Federal e do Código Civil Pátrio, respectivamente. Em segundo plano, levantam a existência de declaração judicial de união estável havida entre a primeira apelante e o de cujus, como motivo impeditivo do reconhecimento de outra união estável no mesmo período. Ressalte-se que, embora o magistrado a quo tenha concedido ao apelado direito à percepção da pensão deixada pela morte do seu suposto companheiro sob a roupagem de declaração da sociedade de fato, na realidade, conferiu idênticos efeitos do reconhecimento da união estável em decorrência da convivência alegada. Em princípio, nada impediria tal solução, pois os dispositivos legais citados limitam-se a estabelecer a possibilidade de ocorrência de união estável entre homem e mulher, desde que preenchidas as exigências impostas pela lei, sem, contudo, vedar o reconhecimento da relação homoafetiva, analogicamente, como união estável, nos mesmos casos. Isto porque a existência de lacuna legislativa não permite ao julgador eximir-se da prestação jurisdicional, ao contrário, por força do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, (art. 5º, XXXV, CF/88), impele-o a aplicar os métodos de integração da lei, a exemplo da analogia, conforme também dicção do art. 4º da LICC, (Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito). Conclusão diferente, inclusive, ensejaria violação aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Isonomia e da Não Discriminação Entre os Sexos. A esse respeito, precedentes do Superior Tribunal de Justiça: □Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão post mortem. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários. - Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais. - O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos. - Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas. - O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. - Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos. - A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. - Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. - A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir,

por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. - A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual. - Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário. - Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável. - Se por força do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares. - □A proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social□ de modo que □os normativos internos dos planos de benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes□. - O direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualitariamente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas. - Incontroversa a união nos mesmos moldes em que a estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à pensão por morte, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque □a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares□. - Mediante ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma à Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal. - Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ. Recurso especial provido.□ (REsp 1026981/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 23/02/2010) □PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. 1. Não há ofensa ao princípio o da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dês que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido.□ (REsp 820.475/RJ, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 06/10/2008) Não obstante a evolução das decisões prolatadas pelas Cortes Superiores no sentido de conferirem às relações entre pessoas do mesmo sexo status de união estável, com possibilidade de produzirem efeitos no universo jurídico, inclusive, de gerarem direito à percepção de benefícios previdenciários por morte do companheiro, motivo diverso impede, no caso vertente, o reconhecimento da relação homoafetiva, conforme requerido, qual seja: a existência de declaração judicial de união

estável concomitante, havida entre o de cujus e a primeira apelante. E embora a prova constante dos autos seja suficiente para caracterizar a existência de um relacionamento entre o apelado e o falecido, os depoimentos testemunhais e a sentença do Juízo de Direito da 1ª Vara de Assistência Judiciária, juntada às fls. 31/32 dos autos, já transitada em julgado, conforme consulta no site do TJSE (Proc. nº 200330100086), dão conta de que o de cujus mantinha outro relacionamento público, contínuo, duradouro e com o objetivo de constituição de família em período coincidente com aquele no qual o recorrido pretende ver reconhecida a união estável. Destarte, tendo em vista a declaração judicial da união estável entre o falecido e a primeira apelante, Sra. Maria José de Oliveira Silva, não é possível o reconhecimento da relação homoafetiva, mesmo que sob a roupagem de sociedade de fato, como pleiteado, pois o ordenamento jurídico brasileiro, cujo sistema rege-se pelo princípio da monogamia, não admite a existência simultânea de mais de uma entidade familiar, nos moldes do art. 226, §3º da Constituição Federal e do art. 1723 do Código Civil. Saliente-se que tais dispositivos conferiram à união estável status de casamento, quando acrescentaram aos requisitos já impostos, a exigência de que a finalidade da convivência tivesse como objetivo a constituição de família. Logo, reconhecer uniões estáveis concomitantes, seria, por analogia, contemplar o concubinato adulterino simultaneamente ao casamento, resultando em bigamia. Ou seja, seria admitir a existência de mais de uma entidade familiar, isto é, mais de uma convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, o que não seria possível. Nesse sentido: □União estável. Reconhecimento de duas uniões concomitantes. Equiparação ao casamento putativo. Lei nº 9.728/96. 1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo. 2. Recurso especial conhecido e provido. □ (REsp 789293/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 271) □DIREITO DE FAMÍLIA - APELAÇÃO - AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - CONCUBINATO DESLEAL - PEDIDO IMPROCEDENTE - RECURSO DESPROVIDO. O CONCUBINATO DESLEAL não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, pois a manutenção de duas uniões de fato, concomitantes, choca-se com o requisito de respeito e consideração mútuos, impedindo o reconhecimento desses relacionamentos como entidade familiar, uma vez que caracterizada a inexistência de objetivo de constituir família, e de estabilidade na relação. □ APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.04.088800-3/001 - COMARCA DE UBERABA - APELANTE(S): V.R.M. - APELADO(A)(S): Z.G.F. E OUTRO(A)(S) - RELATOR: EXMO. SR. DES. MOREIRA DINIZ □APELAÇÃO CÍVEL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. QUESTÃO DE MÉRITO. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PRINCÍPIO DA MONOGAMIA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - A análise das condições da ação é realizada abstratamente, isto é, não se confunde com a pretensão deduzida em Juízo, de forma que as questões concernentes à relação jurídica material dizem respeito ao mérito da causa. II - A declaração judicial do relacionamento público, contínuo e duradouro, com objetivo de constituir família, havido entre o falecido e outra mulher, em período coincidente ao pleiteado, impede o reconhecimento da UNIÃO ESTÁVEL, pois o ordenamento jurídico brasileiro não admite a existência simultânea de mais de uma entidade familiar. □ APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.07.122069-6/001 - COMARCA DE BETIM - APELANTE(S): C.O. - APELADO(A)(S): IPSEMG J.J.P. ESPÓLIO DE , REPDO P/ INVTE J.P.P. - RELATOR: EXMO. SR. DES. BITENCOURT MARCONDES Por esse e por todos os motivos antes delineados, forçosa a reforma da decisão de primeiro grau no sentido de julgar improcedente o pedido de reconhecimento da relação homoafetiva entre o autor/apelado e o de cujus para efeito de concessão e rateio do benefício previdenciário já recebido pelas apelantes. Ante o exposto, dou provimento ao presente recurso. É o voto.

Aracaju/SE, 22 de Março de 2011.

DESA. SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA
RELATOR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

ACÓRDÃO:	20098124	
AGRAVO DE INSTRUMENTO	0856/2009	
PROCESSO:	2009207507	
RELATOR:	DESA. SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA	
AGRAVANTE	JOSE OLINO VIEIRA NETO	Advogado(a): ANDRÉ SILVA VIEIRA
AGRAVADO	LOURDES SANTOS NORONHA	Advogado(a): MARIA LUCIA PASSOS MACHADO

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. TUTELA ANTECIPADA. CABIMENTO. REQUISITOS PRESENTES. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO ASSEGURADO AO SUPOSTO CONVIVENTE. MODIFICAÇÃO DA DECISÃO "A QUO". A concessão da tutela antecipada, prevista no art. 273 do CPC, exige prova inequívoca e verossimilhança da alegação, conjugados com receio fundado de dano irreparável ou de difícil reparação. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feições de família. A marginalização dessas relações constitui afronta aos direitos humanos, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. No caso concreto dos autos, as provas acostadas aos autos demonstram, nesta fase recursal, indícios da existência da suposta união homoafetiva, o que se torna imperiosa a modificação da decisão a quo, assegurando ao agravante, até a decisão final da Ação Declaratória tombada sob o nº 200910600216, o direito real de habitação no imóvel em que residia com o seu suposto companheiro, já falecido. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM, por unanimidade, os Desembargadores do Grupo III, da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, sob a presidência da Excelentíssima Desembargadora Clara Leite de Rezende em dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Aracaju/SE, 14 de Setembro de 2009.

DESA. SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA
RELATOR

RELATÓRIO

Desembargadora Suzana Maria Carvalho Oliveira (Relatora): Trata-se de Agravo de Instrumento, interposto por José Olinó Vieira Neto, contra decisão interlocutória proferida pela MM. Juíza de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Aracaju/SE, nos autos da Ação de Reconhecimento de União Estável, tombada sob o nº 200910600216, promovida em face de Lourdes Santos Noronha, que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela, fundada nos seguintes termos: "(...) Trata-se de ação de reconhecimento de união estável post mortem c/c pedido de antecipação de tutela quanto à concessão do direito real de habitação ao autor. A configuração da união estável é matéria essencial e eminentemente fática. Portanto, a sua caracterização imprescinde de vasta dilação probatória e, ao final do processo, se for o caso, da declaração judicial de sua existência. Ademais, para o deferimento da antecipação dos efeitos do provimento jurisdicional final, deve existir nos autos prova inequívoca de que o requerente conviveu com o requerido, em conformidade com as exigências legais atinentes à espécie (art. 1723, CC), o que não se observa. Some-se, ainda, que o demandante já tinha conhecimento das intenções da herdeira, dada a ciência, em momento anterior ao ajuizamento da presente ação declaratória, da tramitação do procedimento de arrolamento (autos n. 200810600473), este finalizado em 10/10/2008, oportunidade em que deveria ter feito tal pleito, não havendo, assim, que se falar em surpresa. Pode-se argumentar, ainda, que o requerente terá oportunidade de apresentar a sua defesa e de comprovar o seu direito sobre o imóvel em sede de ação possessória específica, por sinal já ajuizada, conforme por ele relatado. Destarte, não tendo o requerente ajuizado a ação de reconhecimento de União Estável, nem pleiteado a sua habilitação no feito sucessório, nos momentos oportunos, verifica-se a ausência do periculum in mora (art. 273, I, CPC). Por tais razões e argumentos, na medida em que ausentes os requisitos do art. 273, do CPC, indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela." O agravante, em suas Razões, fls. 01/14, pleiteia a sua permanência no imóvel no qual residia com o Sr. Wellington Noronha, sob alegativa que lhe assiste o direito à habitação na residência que constitui propriedade comum sua e de seu extinto companheiro - Wellington Noronha. Requer o provimento do presente Agravo de Instrumento. Deferido o efeito suspensivo ao agravo, fls. 131/136. Contrarrazões apresentadas às fls.143/145. Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça foi pelo conhecimento e provimento do recurso. É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso tendo em vista o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade. Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por José Olinó Vieira Neto visando a reforma da decisão interlocutória que, nos autos da Ação Declaratória de Sociedade de Fato c/c Partilha de Bens, movida por ele em face de Lourdes Santos Noronha, indeferiu os efeitos da antecipação de tutela, no sentido de reconhecer o seu direito real de habitação em imóvel no qual, segundo afirma, convivia em união estável com o Sr. Wellington Noronha, já falecido. Antes de adentrar no cerne da questão, mister tecer alguns esclarecimentos. É sabido que o relacionamento **homoafetivo** é um fato social que se perpetua através dos séculos, não podendo mais o Judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não a diversidade de sexo. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, em atitude manifestamente preconceituosa e discriminatória. Deve-se deixar de lado as aparências e verificar a essência. Maria Berenice Dias, in *Homoafetividade - o que diz a Justiça*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 13/14, assim se manifesta: ☐ A correção dos rumos foi feita pela Constituição Federal, ao outorgar proteção não mais ao casamento, mas à família. Como bem diz Zeno Veloso, num único dispositivo o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito.(...) O caput do art. 226 é, consequentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. (...) ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. ☐ (O grifo é nosso). A intenção da Constituição Federal é a promoção do bem dos cidadãos, que são livre para ser, rechaçando qualquer forma de exclusão social ou tratamento desigual. Outrossim, a Carta Maior é a norma hipotética fundamental validante do ordenamento jurídico, da qual a dignidade da pessoa humana é princípio basilar vinculado umbilicalmente aos direitos fundamentais. Portanto, tal princípio é norma fundante, orientadora e condicional, tanto para a própria existência, como para a aplicação do direito, envolvendo o universo jurídico como um todo. Esta norma atua como qualidade inerente, logo indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Por conseguinte, a Constituição da República, calcada no princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, se encarrega de salvaguardar os interesses das uniões homoafetivas. Qualquer entendimento em sentido contrário é que seria inconstitucional. E quanto à tutela específica dessas relações, aplica-se analogicamente a legislação infraconstitucional atinente às uniões estáveis. Nesse sentido, há precedentes de vanguarda nos Tribunais do País: ☐ **RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.** Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas ☐ (TJRS, Apelação Cível nº 70005488812, Sétima Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 25/06/2003). ☐ **UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA.** Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos por maioria ☐ (TJRS, Embargos Infringentes nº 70003967676, 4º Grupo Cível, Relator: Desª Maria Berenice Dias, julgado em 9 de maio de 2003). No caso concreto dos autos, como já salientado ao analisar o pedido de efeito suspensivo ao agravo, fls. 131/136, a Ação declaratória homoafetiva encontra-se em tramitação. Embora seja o reconhecimento de uma união estável matéria a ser dirimida após regular instrução do feito, há de se constatar que, para fins de antecipação de tutela que assegure direito real de habitação, o arcabouço documental carreado aos autos já demonstra indícios da existência da alegada união. Diversos documentos acostados aos autos demonstram que o ora agravante habita no imóvel que se encontra em nome de Wellington Noronha,

tanto antes quanto depois do falecimento deste. Veja o teor das declarações constantes no processo de fls. 43 e 46, respectivamente. □DECLARO PARA OS DEVIDOS FINS, TER RECEBIDO DO SR. JOSÉ OLINO VIEIRA NETO, CPF Nº 516.097.385-00, PARCELAS DE PAGAMENTO ENTRE 2004 E 2008, REFERENTE AO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DO LOTE □06□ DA QUADRA □01□ DO CONDOMÍNIO MARIA REZENDE MACHADO PERTENCENTE AO SR. WELLINGTON NORONHA□ (fl. 43). □Vimos através desta informar a quem de direito que, para o Condomínio Maria Rezende Machado os moradores da quadra 01 lote 06 eram desde março de 2007 os senhores WELLINGTON NORONHA E JOSÉ OLINO VIEIRA NETO, passando a ser morador desde a morte do senhor WELLINGTON apenas JOSÉ OLINO até o prezado momento□ (fl. 46). Some-se a essas premissas, cópia xerografada de fotografias, fls. 72/80; recibos de compra de materiais de construção, fls. 57/59; comprovante de pagamento do condomínio, fls. 54/55 em nome do recorrente e relação de condôminos e ramais, fls. 47/53. Neste contexto, não se pode negar que ambos conviviam sob o mesmo teto, uma vez que os elementos carreados aos autos são substanciais o bastante para denotar a ocorrência de uma suposta existência de união homoafetiva, o que será comprovado com a instrução probatória. A suposta união não pode ser tutelada de modo diferente daquela que se dá entre pessoas de sexos diversos, sob pena de incorrer em agressão aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É o que se extrai dos ensinamentos de Flávio Tartuce e José Fernando Simão in Direito Civil, vol. 5, ed. Método, 2ª edição, 2007, p. 272: □A corrente é encabeçada pela Desembargadora do TJRS Maria Berenice Dias que defende a aplicação, por analogia, das mesmas regras previstas para a união estável. São suas as palavras: □A regra maior da Constituição, que serve de norte ao sistema jurídico, é o respeito à dignidade da pessoa humana. O compromisso do Estado para com o cidadão se sustenta no primado da igualdade e da liberdade, consagrados já no seu preâmbulo (...). A Constituição, ao elencar os direitos e garantias fundamentais, proclama (art. 5º): todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Esses valores implicam dotar os princípios da igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas. Fundamento de igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função de sua orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana□ (Manual..., ob. Cit., 2005, p. 193). Também entendem dessa forma os juristas baianos Pablo Stolze Gagliano e Cristiano Chaves de Farias□ Dessa forma, por guardar tratamento isonômico com a união estável, por analogia, há de ser assegurado ao agravante o tratamento jurídico que o Código Civil dispensa ao direito real de habitação no contexto das uniões estáveis. Coadunando esse entendimento, mister transcrever o raciocínio formulado quando da concessão do efeito suspensivo almejado nos autos do Agravo de Instrumento de nº 0098/2008, da relatoria da eminente Desembargadora Marilza Maynard Salgado de Carvalho, que ora ratifico: □Mesmo tendo sido adquirido o imóvel em 28.03.1995, data anterior ao período dito de convivência, é conferido ao convivente o direito real de habitação, consistindo em questão prejudicial ao deferimento da ação reivindicatória, posto tratar-se de limitação ao exercício de propriedade. Valho-me mais uma vez das lições dos autores já citados, in Direito Civil, Vol. 6, editora Método, 2007, pág. 196: Como é notório, o direito real de habitação é uma das espécies de direito real sobre coisa alheia de gozo ou de fruição (art. 1.225, VI, do CC). Em se tratando de direito real sobre coisa alheia, temos que imaginar que sobre um

mesmo imóvel co-existem dois direitos reais de titulares distintos: temos a propriedade de certa pessoa que está limitada em razão do direito de habitação de outra. Ensinam, ainda, os doutrinadores que prevalece o entendimento de que mesmo com o CC/02, continua garantido o direito de habitação dos companheiros, pág. 235 do Vol. 6 acima referido: A segunda corrente, majoritária, entende que o direito real de habitação dos companheiros continua garantido. Maria Helena Diniz, em verdadeira aula sobre o Direito Intertemporal, afirma que estamos diante de □um caso de antinomia de segundo grau, ou seja, um conflito entre norma anterior especial (art. 7º da Lei 9.278/1996) e norma posterior geral (art. 1.831 do CC), que, por sua vez, gera antinomia entre o critério da especialidade e o cronológico, para a qual valeria o macrocritério lex posterior generalis non derogat priori speciali, segundo o qual a regra da especialidade prevaleceria sobre a cronológica. Com isso, a Lei 9.278/1996 seria mais forte, ante o princípio da especialidade. (...) ante a dúvida, surgirá então uma antinomia real de segundo grau ou lacuna de conflito (ausência de critério ou metacritério normativo) que só pode ser solucionado pelos critérios apontados pelos arts. 4º e 5º da LICC. Deveras, no caso extremo de falta de um critério que possa resolver a antinomia de segundo grau, o critério dos critérios para solucionar o conflito seria o princípio supremo da justiça: entre duas normas incompatíveis dever-se-á escolher a mais justa□ (Curso..., 2005, v. 6, p. 148). Ausente a prova da posse molestada, requisito indispensável para a concessão da tutela antecipada, resta presente o fumus boni juris a consubstanciar o deferimento do efeito suspensivo pleiteado. O periculum in mora também se faz presente, diante da privação do agravante da sua moradia e do seu meio de subsistência.□ Ante o exposto, conheço do presente recurso, para lhe dar provimento, no intuito de ser concedida a tutela antecipada, assegurando ao agravante o direito real de habitação no imóvel em questão até o julgamento final da Ação Declaratória de Sociedade de Fato, tombada sob o nº 200910600216. É como voto.

Aracaju/SE, 14 de Setembro de 2009.

DESA. SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA
RELATOR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

ACÓRDÃO:	20089615	
AGRAVO DE INSTRUMENTO	0515/2008	
PROCESSO:	2008205122	
RELATOR:	DESA. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO	
AGRAVANTE	PAULO JOAO ADRIANO	Advogado(a): ANDRÉ SILVA VIEIRA
AGRAVADO	ANA ISABEL BARRETO DORIA	Advogado(a): MARIA DE LOURDES VASCONCELOS DANTAS

EMENTA

Civil e Processo Civil - Ação de reconhecimento e dissolução de união estável - Tutela antecipada - Cabimento - Requisitos presentes -Direito real de habitação assegurado ao convivente - Modificação da decisão a quo - Recurso provido. I - A concessão da tutela antecipada, prevista no art. 273 do CPC, exige prova inequívoca e verossimilhança da alegação, conjugados com receio fundado de dano irreparável ou de difícil reparação; II - As provas acostadas aos autos apontam, nesta fase recursal, para o fato de realmente ter havido a alegada união homoafetiva, o que se torna imperiosa a modificação da decisão a quo, assegurando ao agravante direito real de habitação no imóvel em questão até a decisão final da respectiva demanda; III - Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os integrantes do Grupo I, da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por unanimidade, conhecer do recurso, para lhe dar provimento, em conformidade com o relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Aracaju/SE, 15 de Dezembro de 2008.

DESA. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO
RELATOR

RELATÓRIO

Desa. Marilza Maynard Salgado de Carvalho (Relatora): - Paulo João Adriano interpôs o presente agravo de instrumento, objetivando a reforma da decisão a quo (fls. 16), prolatada em sede de ação de reconhecimento e dissolução de união estável, proposta pelo agravante em face de Ana Isabel Barreto Dória, que indeferiu, por entender ausentes os respectivos pressupostos, a antecipação de tutela por ele pleiteada no sentido de reconhecer seu direito real de habitação em imóvel no qual, segundo afirma, convivia em união estável com o Sr. Gileno Amaral Barreto, já falecido. Alega o agravante existirem nos autos provas suficientes de que ambos conviviam em união estável, e que esta não pode deixar de abranger a união homoafetiva, inclusive para fins de tutela de seu direito real de habitação sobre o citado imóvel, invocando em seu favor decisões de tribunais estaduais que reconhecem o direito de companheiro sobrevivente à permanência no imóvel onde vivia o extinto casal, embora tais julgados não tratem de união homoafetiva. Aduz também que esta Relatora, nos autos do AI 0098/2008 deferiu efeito suspensivo no sentido de assegurar sua permanência no imóvel disputado, sustando assim os efeitos de liminar de desocupação contra si proferida pelo Juízo de Direito da 7ª Vara Cível desta Comarca, no bojo de Ação Reivindicatória intentada pela ora agravada. Pugna, inicialmente, pela concessão de efeito suspensivo ativo no sentido de que fosse concedida a antecipação de tutela pleiteada, confirmando-se tal liminar com o posterior provimento deste agravo. Às fls. 166/170 foi concedido o efeito suspensivo ativo pleiteado, assegurando ao agravante direito real de habitação no imóvel em questão. Intimada a agravada, esta deixou transcorrer in albis o prazo para apresentar contra-razões, bem como foram prestadas as informações pela Juíza a quo, conforme documento às fls. 173. Em parecer de fls. 177/178, a Procuradoria de Justiça se absteve de se pronunciar no feito. É o relatório.

VOTO

Desa. Marilza Maynard Salgado de Carvalho (Relatora): - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Paulo João Adriano visando a reforma da decisão a quo que, nos autos da ação de reconhecimento e dissolução de união estável, movida por ele em face de Ana Isabel Barreto Doria, indeferiu, por entender ausentes os respectivos pressupostos, a antecipação de tutela pleiteada pelo agravante no sentido de reconhecer seu direito real de habitação em imóvel no qual, segundo afirma, convivia em união estável com o Sr. Gileno Amaral Barreto, já falecido. Ab initio, importante ressaltar que, embora seja o reconhecimento de uma união estável matéria a ser dirimida após a regular instrução do feito, há de se constatar que, para fins de antecipação de tutela que assegure direito real de habitação, o arcabouço documental carreado aos autos já aponta para o fato de realmente ter havido a alegada união homoafetiva, pelo menos nesta fase recursal. Diversas faturas, correspondência, notas fiscais e documentos outros demonstram ter o ora agravante habitado o imóvel que pertencia ao de cujus, tanto antes quanto depois do falecimento deste (fls. 105/148), havendo inclusive recibo de compra de materiais domésticos em nome de ambos e nota de prestação de serviços em favor do recorrente no endereço do imóvel. Nesse contexto, não se pode negar que ambos conviviam sob o mesmo teto, chegando a ser ingênuo acreditar que dois homens adultos e que não guardam entre si nenhum vínculo de parentesco ou de natureza trabalhista tenham coabitado por tantos anos por simples amizade ou qualquer outra razão. Assim, embora busque a herdeira, ora agravada defender a tese de que entre os coabitantes não havia relação de união estável, os elementos probatórios carreados aos autos são substanciais o bastante para denotar a ocorrência da união homoafetiva, o que provavelmente será corroborado com a instrução probatória. Tal união, a meu ver, não pode ser tutelada de modo diferente daquela que se dá entre pessoas de sexos diversos, sob pena de se incorrer em agressão aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Dessa forma, há de ser assegurado ao agravante o tratamento jurídico que o nosso Código Civil dispensa ao direito real de habitação no contexto das uniões estáveis. Feitas estas considerações, vale registrar aqui a ementa do julgamento referente ao AI 0098/2008, acima já referido, também de minha relatoria, envolvendo as mesmas partes ora litigantes, todavia em ação diversa (ação reivindicatória). Vejamos: Civil e Processo Civil - Ação Reivindicatória - Tutela antecipada - Descabimento - Prova da propriedade e da posse molestada - Inexistência - Verossimilhanças das alegações autorais - Não configurada - Direito real de habitação assegurado ao convivente - Modificação da decisão a quo - Recurso provido. I - O deferimento da tutela antecipada em ação reivindicatória reclama a prova da propriedade e da posse reclamada, de modo que não sendo configurados tais requisitos, incabível é a antecipação da tutela; II - In casu, não se vislumbra a verossimilhança das alegações autorais, vez que pendente ação declaratória para o reconhecimento da existência da convivência entre o agravante e o de cujus, mormente porque é conferido ao convivente o direito real de habitação; III - Inexistentes os requisitos ensejadores para a concessão da tutela antecipada, faz-se imperiosa a modificação da decisão a quo; IV - Recurso conhecido e provido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0098/2008, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Relator: DESA. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO, Julgado em 03/07/2008). Importante transcrever, também, excertos do mencionado voto na parte que aqui interessa: (...) Mesmo tendo sido adquirido o imóvel em 28.03.1995, data anterior ao período dito de convivência, é conferido ao convivente o direito real de habitação, consistindo em questão prejudicial ao deferimento da ação reivindicatória, posto tratar-se de limitação ao exercício de propriedade. Valho-me mais uma vez das lições dos autores já citados, in Direito Civil, Vol. 6, editora Método, 2007, pág. 196: "Como é notório, o direito real de habitação é uma das espécies de direito real sobre coisa alheia de gozo ou de fruição (art. 1.225, VI, do CC). Em se tratando de direito real sobre coisa alheia, temos que imaginar que sobre um mesmo imóvel co-existem dois direitos reais de titulares distintos: temos a propriedade de certa pessoa que está limitada em razão do direito de habitação de outra." Ensinam, ainda, os doutrinadores que prevalece o entendimento de que mesmo com o CC/02, continua garantido o direito de habitação dos companheiros, pág. 235 do Vol. 6 acima referido: "A segunda corrente, majoritária, entende que o direito real de habitação dos companheiros continua garantido. Maria Helena Diniz, em verdadeira aula sobre o Direito Intertemporal, afirma que estamos diante de "um caso de antinomia de segundo grau, ou seja, um conflito entre norma anterior especial (art. 7º da Lei 9.278/1996) e norma posterior geral (art. 1.831 do CC), que, por sua vez, gera antinomia entre o critério da especialidade e o cronológico, para a qual valeria o macrocritério lex posterior generalis non derogat priori speciali, segundo o qual a regra da especialidade prevaleceria sobre a cronológica. Com isso, a Lei 9.278/1996 seria mais forte, ante o princípio da especialidade. (...) ante a dúvida, surgirá então uma antinomia real de segundo grau ou lacuna de conflito (ausência de critério ou metacritério normativo) que só pode ser solucionado pelos critérios apontados pelos arts. 4º e 5º da LICC. Deveras, no caso extremo de falta de um critério que possa resolver a antinomia de segundo grau, o critério dos critérios para solucionar o conflito seria o princípio supremo da justiça: entre duas

normas incompatíveis dever-se-á escolher a mais justa” (Curso..., 2005, v. 6, p. 148). Desta feita, ausente a prova da posse molestada, requisito indispensável para a concessão da tutela antecipada, há de ser reformada a decisão a quo, vez que não restaram configurados os requisitos ensejadores da medida. (...). Considerando o exposto, deve ser assegurando ao agravante direito real de habitação no imóvel em questão até o julgamento final da correspondente demanda. Forte em todo o expendido, conheço do presente recurso, para lhe dar provimento, reformando o decisum a quo, no intuito de ser concedida a tutela antecipada pleiteada. É como voto.

Aracaju/SE, 15 de Dezembro de 2008.

DESA. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO
RELATOR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

ACÓRDÃO:
APELAÇÃO CÍVEL
PROCESSO:
JUIZ(A) CONVOCADO(A):
APELANTE S.R.S.
APELADO V.D.S.

20096687
6939/2008
2008219309
ELVIRA MARIA DE ALMEIDA SILVA
Advogado(a): SAULO NUNES DOS SANTOS
Advogado(a): RUBENS FEITOSA MELO

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - EX-CÔNJUGE - CONFISSÃO DA APELANTE EM AUDIÊNCIA SOBRE EXISTÊNCIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA - APLICAÇÃO POR ANALOGIA AO CASO CONCRETO PARA SUPRIR LACUNA DE LEI DO ARTIGO 1.708, DO CÓDIGO CIVIL - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - RECURSO IMPROVIDO I- O ex-cônjuge deve ser exonerado da obrigação de prestar alimentos à sua ex-cônjuge na hipótese em que ela contraiu sério relacionamento amoroso. Ora, vivendo a virago com uma companheira, não há falar mais em mútua assistência, restando descaracterizada a obrigação alimentar prestada entre os ex-cônjuges, não havendo, assim, razão para reformar a sentença que exonerou o varão. II - Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM, por unanimidade, os Desembargadores do Grupo IV, da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, sob a Presidência da Excelentíssima Sra. Desembargadora Marilza Maynard Salgado de Carvalho, em conhecer do recurso, por cabível e tempestivo, para lhe negar provimento, nos termos do relatório e voto do Relator, que fica fazendo parte integrante deste julgado.

Aracaju/SE, 30 de Julho de 2009.

ELVIRA MARIA DE ALMEIDA SILVA
JUIZ(A) CONVOCADO(A)

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por SILVANA RESENDE SILVA irresignada com a decisão proferida nos autos da AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA, proveniente da Vara Cível da Comarca de NOSSA SENHORA DE LOURDES, que concluiu, in verbis, fls. 57/60: "(...) Ante o exposto, Julgo PROCEDENTE o pedido formulado pelo autor na inicial, declarando-o exonerado da prestação alimentícia devida a sua ex-esposa Silvania Resende Silva, extinguindo, por via de consequência, o presente feito com resolução de mérito, lastreado no art. 269, inciso I do CPC." Inconformada com o decisum prolatado, interpôs a Apelante SILVANA RESENDE SILVA, recurso apropriado (fls. 61-72) alegando em síntese, ser beneficiária da Justiça Gratuita e carência de comprovação do Autor ora Apelado no sentido de mudança em sua capacidade de prestar alimentos, bem como quanto a prova de nova união estável e de aferimento de renda por parte da Requerida ora Apelante. Não houve contra-razões, conforme certidão de fls.92. A Procuradoria de Justiça, através do Dr José Carlos de Oliveira Filho, opinou pelo provimento do apelo, fls. 79/87. É em síntese o relatório.

VOTO

O recurso merece ser reconhecido, pois preenchidos os requisitos formais de procedibilidade. Trata-se de Apelação Cível interposta por SILVANA RESENDE SILVA, contra o VANDEVALDO DOS SANTOS irressignada com a decisão proferida nos autos da AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA, que foi julgada procedente em 05 de setembro de 2008. A sentença de piso (fls. 57-60) arrimou em seu fundamento o fato da ora Apelante possuir uma união estável homoafetiva, in verbis (fl. 59): "(...) Assim, não seria justo ao requerente continuar pagando a pensão alimentícia durante esta nova união da requerida, considerando inclusive o aumento de integrantes de sua nova família com o nascimento de um outro filho com a atual companheira e a sua pouca disponibilidade financeira. (...)” Inconformada com o decisor prolatado, interpôs a Apelante recurso apropriado (fls. 61-72) alegando em síntese, ser beneficiária da Justiça Gratuita e a carência de comprovação do Autor ora Apelado no sentido de mudança em sua capacidade de prestar alimentos, bem como quanto a prova de nova união estável e de aferimento de renda por parte da Requerida ora Apelante. Em relação ao pleito de Justiça Gratuita entendo não restar dúvidas de sua concessão, tanto pelo fato de nomeação de defensor dativo (fl. 16) como pelo próprio acatamento do Juízo Monocrático ao recebimento da apelação (fl. 74). Inicialmente friso que conforme provas colhidas nos autos, o Apelado está convivendo com uma nova companheira com a qual tem um filho de 08 meses, além de que a própria Apelante em seu depoimento de fls. 29 afirma que possui uma companheira que a ajuda nas suas despesas, juntamente com as provas testemunhais que ratificaram que a Apelante trabalha com venda de roupas e criação de animais, ficando demonstrada alteração do status quo do alimentante, bem como redução nas necessidades da alimentanda. A questão relativa a configuração da união homoafetiva da aqui Apelante foi muito bem fundamentada pelo juiz de piso, o qual coaduno ao meu entendimento, adotando o seu fundamento como se fosse meu, in verbis: “Enquanto a norma geral e abstrata não se produz, ou seja, enquanto há no ordenamento jurídico uma lacuna legal, cabe aos operadores do direito suprir esta lacuna na forma prevista em lei, ou seja, pela analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Logo, buscando suprir a lacuna pela analogia, aplica-se ao caso concreto o artigo 1.708, do Código Civil, in verbis, “com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.” Em decorrência da existência de uma nova união afetiva, não há falar no dever de mútua assistência entre os ex-cônjuges. (...) Assim, se a esse novo tipo de união familiar de pessoas de mesmo sexo há uma tendência de extensão de todos os direitos inerentes às famílias comumente conhecidas, que se aplique também a máxima: “não há ônus, sem um ônus.” Ou seja, a extensão dos direitos deve vir acompanhada, também, dos deveres e das responsabilidades inerentes. No caso em análise, a requerida, segundo colhido durante a instrução, constituiu novo núcleo familiar com pessoa do mesmo sexo e com esta vem compartilhando as despesas domésticas. Assim, não seria justo ao requerente continuar pagando a pensão alimentícia durante esta nova união da requerida, considerando inclusive o aumento de integrantes de sua nova família com o nascimento de um outro filho com o atual companheira e a sua pouca disponibilidade financeira. (...)” (fls. 58/59) (Grifos meus) Descabe, reforma da sentença que julgou procedente o pleito exoneratório formulado pelo varão. Conforme prevê o art. 1.708 do Código Civil, com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos e aplicando por analogia ao caso dos autos para suprir lacuna de lei, se uma das partes constituiu novo núcleo familiar com pessoa do mesmo sexo e com esta vem compartilhando as despesas domésticas, não há falar no dever de mútua assistência entre os ex-cônjuges. E indiscutivelmente está a ocorrer tal fato no presente caso, o que se afige não só pelos depoimentos das fls. 34, 35 e 39, mas das próprias declarações da recorrente, que expressamente afirma conviver com uma companheira a quase 2 anos e que esta lhe ajuda nas suas necessidades. (fl. 29). Ora, vivendo a virago com uma companheira, não há falar mais em mútua assistência, restando descaracterizada a obrigação alimentar prestada entre os ex-cônjuges, não havendo, assim, razão para reformar a sentença que exonerou o varão. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos: DIREITO DE FAMÍLIA - CIVIL - ALIMENTOS - EX-CÔNJUGE - EXONERAÇÃO - FILHO CONCEBIDO APÓS A SEPARAÇÃO CONSENSUAL - DEVER DE FIDELIDADE - RECURSO PROVIDO (...) 3. Em linha de princípio, a exoneração de prestação alimentar estipulada quando da separação consensual somente se mostra possível em uma das seguintes situações: a) convalidação de novas núpcias ou estabelecimento de relação concubinária pelo ex-cônjuge pensionado; b) adoção de comportamento indigno; c) alteração das condições econômicas dos ex-cônjuges em relação às existentes ao tempo da dissolução da sociedade conjugal. deles. (...) (STJ - REsp 21.697-0 - SP - 4ª T. - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo - J. 14.06.1993) (Grifos meus) Ex positis, conheço do recurso, para lhe negar provimento, mantendo a sentença monocrática em todos os seus termos. É como voto. Aracaju (SE), 30 de julho de 2009. Juíza Convocada ELVIRA MARIA DE ALMEIDA SILVA Relatora

Aracaju/SE, 30 de Julho de 2009.

ELVIRA MARIA DE ALMEIDA SILVA
JUIZ(A) CONVOCADO(A)

Tabela 4.1.4 - Casamentos, por mês de registro, segundo o lugar do registro e união de ambos os cônjuges femininos

[illegible]

RM Campina Grande	4	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1
RM Esperança	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Guarabira	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-
RM Itabaiana	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM João Pessoa	6	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	1
João Pessoa	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1
RM Patos	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1
RM Sousa	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Vale do Mamanguape	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Vale do Piancó	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Pernambuco	56	4	3	6	6	2	2	3	2	3	8	9
RM Recife	32	-	3	-	5	2	-	2	2	3	2	7
Recife	8	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	2
Alagoas	15	2	2	1	-	2	1	2	1	1	2	-
RM Agreste	4	1	-	1	-	1	-	1	-	-	-	-
RM Caetés	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Maceió	7	1	2	-	-	-	1	1	-	1	1	-
Maceió	7	1	2	-	-	-	1	1	-	1	1	-
RM Médio Sertão	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Palmeira dos Índios	1	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-
RM Sertão	1	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-
RM Vale do Paraíba	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Zona da Mata	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-
Sergipe	6	-	-	-	2	-	-	1	1	1	1	-
RM Aracaju	5	-	-	-	2	-	-	1	1	1	-	-
Aracaju	4	-	-	-	1	-	-	1	1	1	-	-
Bahia	40	2	4	3	1	4	1	4	3	5	4	5
RM Feira de Santana	1	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-
Núcleo Metropolitano	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Área de Expansão Metropolitana	1	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-
RM Salvador	26	1	1	2	1	3	1	2	3	3	3	3
Salvador	24	1	-	1	1	3	1	2	3	3	3	3
Sudeste	1 602	111	97	94	87	137	103	110	87	150	210	237
Minas Gerais	168	11	10	7	8	13	13	12	11	13	17	23
RM Belo Horizonte	84	2	4	5	2	7	8	6	6	9	11	12
Núcleo Metropolitano	79	2	3	4	2	7	7	6	6	9	11	11
Belo Horizonte	54	2	2	3	-	5	2	4	3	8	7	9
Colar Metropolitano	5	-	1	1	-	-	1	-	-	-	-	1
RM Vale do Aço	8	-	-	-	1	1	-	-	-	-	-	1
Núcleo Metropolitano	6	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	1
Colar Metropolitano	2	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-
Espírito Santo	22	1	2	1	-	2	3	2	-	2	4	1
RM Grande Vitória	15	1	2	1	-	1	1	2	-	2	2	-
Vitória	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Rio de Janeiro	260	22	16	9	5	22	8	10	4	14	38	91
RM Rio de Janeiro	220	16	14	8	4	19	7	10	2	12	31	85
Rio de Janeiro	161	4	9	6	2	8	3	5	-	11	24	78
São Paulo	1 152	77	69	77	74	100	79	86	72	121	151	122
RM Baixada Santista	96	3	5	9	5	8	12	6	5	11	12	12
RM Campinas	70	6	1	3	2	4	6	4	4	10	8	7
RM São Paulo	602	45	39	38	34	48	37	49	41	64	81	58
São Paulo	381	22	30	26	24	28	27	30	24	38	56	38
RM Sorocaba	58	5	1	4	4	9	1	4	2	9	4	7
RM Vale do Paraíba e Litoral Norte	53	2	2	4	7	3	7	3	3	6	7	7

Sub-região 1	24	1	1	2	1	1	3	1	2	5	4	3
Sub-região 2	9	-	1	1	-	-	1	2	-	1	2	1
Sub-região 3	9	1	-	-	4	1	-	-	-	-	-	2
Sub-região 4	2	-	-	-	-	-	1	-	1	-	-	-
Sub-região 5	9	-	-	1	2	1	2	-	-	-	1	1
Sul	356	18	15	36	29	22	22	19	21	33	45	43
Paraná	113	5	5	10	7	6	9	6	4	15	11	13
RM Curitiba	55	2	2	3	4	1	5	4	2	9	3	6
Curitiba	40	1	2	2	4	1	4	2	2	4	2	5
RM Londrina	15	1	1	2	1	1	2	-	-	1	2	1
RM Maringá	12	-	-	3	1	-	1	-	-	1	1	4
RM Umuarama	2	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-
Santa Catarina	137	4	6	15	12	10	7	6	9	10	24	17
RM Alto Vale do Itajaí	4	-	1	-	-	-	-	1	-	-	1	1
Núcleo Metropolitano	3	-	1	-	-	-	-	-	-	-	1	1
Área de Expansão Metropolitana	1	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-
RM Carbonífera	10	-	1	3	2	-	1	-	-	1	-	1
Núcleo Metropolitano	7	-	-	2	2	-	1	-	-	1	-	1
Área de Expansão Metropolitana	3	-	1	1	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Chapecó	2	-	-	-	1	-	-	1	-	-	-	-
Núcleo Metropolitano	2	-	-	-	1	-	-	1	-	-	-	-
Área de Expansão Metropolitana	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Contestado	8	-	1	1	-	1	-	-	3	1	1	-
RM Extremo Oeste	3	-	-	1	-	-	-	-	-	1	-	-
Núcleo Metropolitano	2	-	-	1	-	-	-	-	-	1	-	-
Área de Expansão Metropolitana	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Florianópolis	29	1	-	5	4	-	-	1	1	1	8	5
Núcleo Metropolitano	29	1	-	5	4	-	-	1	1	1	8	5
Florianópolis	18	-	-	3	4	-	-	-	1	-	5	3
Área de Expansão Metropolitana	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Foz do Rio Itajaí	25	1	-	2	1	6	1	-	3	3	4	-
Núcleo Metropolitano	22	1	-	2	1	4	1	-	3	3	4	-
Área de Expansão Metropolitana	3	-	-	-	-	2	-	-	-	-	-	-
RM Lages	4	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1
Núcleo Metropolitano	3	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-
Área de Expansão Metropolitana	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1
RM Norte/Nordeste Catarinense	23	1	2	3	2	2	2	2	2	1	1	2
Núcleo Metropolitano	18	-	2	3	2	1	2	1	2	1	-	2
Área de Expansão Metropolitana	5	1	-	-	-	1	-	1	-	-	1	-
RM Tubarão	8	-	-	-	1	-	2	-	-	-	1	3
Núcleo Metropolitano	4	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	3
Área de Expansão Metropolitana	4	-	-	-	1	-	1	-	-	-	1	-
RM Vale do Itajaí	21	1	1	-	1	1	1	1	-	2	7	4
Núcleo Metropolitano	18	1	1	-	1	1	1	1	-	2	4	4
Área de Expansão Metropolitana	3	-	-	-	-	-	-	-	-	-	3	-
Rio Grande do Sul	106	9	4	11	10	6	6	7	8	8	10	13
RM Porto Alegre	68	7	4	9	7	5	1	5	4	3	7	7
Porto Alegre	46	4	2	5	5	4	1	4	1	3	6	5
RM Serra Gaúcha	2	-	-	-	-	-	1	-	1	-	-	-
Centro-Oeste	149	5	12	15	7	9	6	7	11	20	15	19
Mato Grosso do Sul	19	1	1	1	1	3	-	2	2	1	2	1
Campo Grande	15	1	1	1	1	3	-	2	2	-	1	-
Mato Grosso	11	-	3	1	-	-	1	2	2	-	-	2
RM Vale do Rio Cuiabá	5	-	-	1	-	-	1	1	-	-	-	2
Núcleo Metropolitano	5	-	-	1	-	-	1	1	-	-	-	2

Cuiabá	3	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	2
Entorno Metropolitano	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Goiás	58	2	3	6	1	4	4	2	5	13	4	7
RM Goiânia	31	2	1	4	1	1	2	2	3	6	1	5
Goiânia	19	2	1	1	-	1	1	1	1	4	-	5
Distrito Federal	61	2	5	7	5	2	1	1	2	6	9	9
RIDE da Grande Teresina	10	3	1	-	-	1	-	1	1	-	2	-
RIDE do Pólo Petrolina/PE e Juazeiro/Ba	2	1	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-
RIDE do Distrito Federal e Entorno	65	2	5	7	5	3	1	1	3	7	10	9

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2014.

inos -

Dezem- bro

306

11

4

3

-

-

4

4

4

-

-

-

-

-

3

-

-

-

-

-

-

-

-

-

-

40

2

-

-

-

2

1

11

1

8

5

4

3

2

8

-

-

-

2
-
-
1
4
1
-
-
1
-
8
6
4
1
-
-
-
-
1
-
-
-
-
-
-
-
4
-
-
-
3
3

179

30
12
11
9
1
5
4
1
4
3
-
21
12
11
124
8
15
68
38
8
2

-	-
-	-
1	-
-	-
1	-
53	-
22	-
14	-
11	-
3	-
1	-
1	-
17	-
-	-
-	-
-	-
1	-
-	-
1	-
-	-
-	-
-	-
1	-
-	-
1	-
3	-
3	-
2	-
-	-
4	-
3	-
1	-
2	-
2	-
-	-
3	-
2	-
1	-
1	-
-	-
1	-
2	-
2	-
-	-
14	-
9	-
6	-
-	-
23	-
4	-
3	-
-	-
-	-
-	-

-
-
7
3
2
12

1
-
12

Tabela 4.1.3 - Casamentos, por mês de registro, segundo o lugar do registro e união de ambos os cônjuges masculinos, 2014

[illegible]

RM Campina Grande	6	-	-	-	-	-	2	-	-	-	-	-
RM Esperança	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Guarabira	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Itabaiana	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM João Pessoa	7	-	2	-	-	-	-	-	-	-	3	1
João Pessoa	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	-
RM Patos	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Sousa	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Vale do Mamanguape	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Vale do Piancó	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Pernambuco	121	14	8	5	8	11	4	8	11	15	16	9
RM Recife	32	1	3	2	2	4	-	2	2	3	5	4
Recife	15	-	1	1	2	1	-	-	2	2	3	2
Alagoas	3	-	-	-	1	1	1	-	-	-	-	-
RM Agreste	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Caetés	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Maceió	2	-	-	-	1	1	-	-	-	-	-	-
Maceió	2	-	-	-	1	1	-	-	-	-	-	-
RM Médio Sertão	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Palmeira dos Índios	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Sertão	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Vale do Paraíba	1	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-
RM Zona da Mata	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Sergipe	2	-	-	-	-	-	1	-	-	-	1	-
RM Aracaju	1	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-
Aracaju	1	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-
Bahia	94	7	6	11	12	4	5	12	9	5	4	9
RM Feira de Santana	1	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Núcleo Metropolitano	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Área de Expansão Metropolitana	1	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Salvador	35	2	1	4	4	2	2	5	3	3	3	4
Salvador	35	2	1	4	4	2	2	5	3	3	3	4
Sudeste	1 343	89	101	107	88	94	71	94	92	133	155	158
Minas Gerais	163	7	14	14	11	9	11	8	14	20	18	13
RM Belo Horizonte	82	2	8	5	9	3	5	3	9	13	10	7
Núcleo Metropolitano	76	2	8	4	8	3	4	3	9	13	9	6
Belo Horizonte	58	2	7	4	6	2	4	2	6	11	8	4
Colar Metropolitano	6	-	-	1	1	-	1	-	-	-	1	1
RM Vale do Aço	6	-	-	1	-	-	-	-	-	1	2	-
Núcleo Metropolitano	4	-	-	-	-	-	-	-	-	1	2	-
Colar Metropolitano	2	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-
Espírito Santo	41	2	1	3	3	2	1	2	4	7	7	2
RM Grande Vitória	14	1	-	-	2	2	1	2	-	-	1	-
Vitória	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Rio de Janeiro	241	16	10	10	14	8	8	19	7	12	49	57
RM Rio de Janeiro	193	11	8	8	10	7	4	16	6	11	36	52
Rio de Janeiro	128	6	5	4	5	4	4	14	4	10	26	39
São Paulo	898	64	76	80	60	75	51	65	67	94	81	86
RM Baixada Santista	44	2	1	4	4	6	2	6	2	5	5	3
RM Campinas	55	8	7	7	4	2	5	4	3	4	-	6
RM São Paulo	532	35	48	51	26	44	32	41	39	57	50	51
São Paulo	410	27	36	39	18	31	26	27	36	45	37	40
RM Sorocaba	49	11	5	-	6	2	1	1	3	7	2	3
RM Vale do Paraíba e Litoral Norte	32	-	3	3	3	5	1	-	1	1	6	2

Sub-região 1	15	-	1	1	2	3	-	-	1	1	2	1
Sub-região 2	7	-	1	1	-	-	-	-	-	-	2	1
Sub-região 3	4	-	-	-	1	2	-	-	-	-	-	-
Sub-região 4	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-
Sub-região 5	5	-	1	1	-	-	1	-	-	-	1	-
Sul	392	25	33	33	20	36	29	32	24	27	33	44
Paraná	81	6	7	5	2	7	7	9	4	4	6	7
RM Curitiba	45	1	4	2	1	5	6	4	-	1	5	4
Curitiba	36	1	3	2	-	4	6	4	-	1	3	2
RM Londrina	11	2	1	2	1	-	-	1	1	1	-	1
RM Maringá	5	1	-	-	-	-	-	1	-	1	1	-
RM Umuarama	1	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-
Santa Catarina	205	12	15	22	13	22	12	13	10	17	16	26
RM Alto Vale do Itajaí	5	1	-	-	1	1	1	-	-	-	-	-
Núcleo Metropolitano	3	1	-	-	-	1	1	-	-	-	-	-
Área de Expansão Metropolitana	2	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-
RM Carbonífera	12	1	-	1	1	2	1	-	1	1	1	1
Núcleo Metropolitano	5	1	-	1	-	-	1	-	-	1	-	-
Área de Expansão Metropolitana	7	-	-	-	1	2	-	-	1	-	1	1
RM Chapecó	9	-	-	3	-	-	-	-	1	-	1	-
Núcleo Metropolitano	7	-	-	2	-	-	-	-	1	-	1	-
Área de Expansão Metropolitana	2	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Contestado	11	-	3	1	-	-	1	1	-	1	2	1
RM Extremo Oeste	6	-	-	1	1	1	-	1	-	-	1	-
Núcleo Metropolitano	3	-	-	1	1	-	-	-	-	-	1	-
Área de Expansão Metropolitana	3	-	-	-	-	1	-	1	-	-	-	-
RM Florianópolis	56	3	4	5	1	6	5	3	1	7	2	8
Núcleo Metropolitano	54	3	4	5	1	6	5	2	1	6	2	8
Florianópolis	34	3	3	3	1	6	3	2	-	2	2	5
Área de Expansão Metropolitana	2	-	-	-	-	-	-	1	-	1	-	-
RM Foz do Rio Itajaí	22	2	1	2	1	3	1	1	4	1	2	4
Núcleo Metropolitano	22	2	1	2	1	3	1	1	4	1	2	4
Área de Expansão Metropolitana	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RM Lages	13	2	-	1	2	1	1	1	1	-	1	1
Núcleo Metropolitano	3	-	-	-	1	-	1	-	-	-	-	-
Área de Expansão Metropolitana	10	2	-	1	1	1	-	1	1	-	1	1
RM Norte/Nordeste Catarinense	45	2	5	6	4	3	1	5	1	5	4	7
Núcleo Metropolitano	20	1	2	3	1	-	-	4	-	2	4	2
Área de Expansão Metropolitana	25	1	3	3	3	3	1	1	1	3	-	5
RM Tubarão	11	-	2	-	1	-	-	-	1	-	2	3
Núcleo Metropolitano	2	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-
Área de Expansão Metropolitana	9	-	2	-	-	-	-	-	1	-	2	3
RM Vale do Itajaí	15	1	-	2	1	5	1	1	-	2	-	1
Núcleo Metropolitano	10	1	-	2	-	4	1	-	-	1	-	-
Área de Expansão Metropolitana	5	-	-	-	1	1	-	1	-	1	-	1
Rio Grande do Sul	106	7	11	6	5	7	10	10	10	6	11	11
RM Porto Alegre	62	6	7	4	3	4	7	4	6	5	5	6
Porto Alegre	45	3	4	4	3	3	4	4	4	4	3	5
RM Serra Gaúcha	10	-	1	1	-	-	-	3	4	-	1	-
Centro-Oeste	184	22	18	15	7	15	14	10	11	12	23	17
Mato Grosso do Sul	32	3	7	2	2	3	3	1	1	-	3	2
Campo Grande	13	3	-	-	-	3	3	1	-	-	-	1
Mato Grosso	12	3	-	-	-	-	-	1	2	2	3	1
RM Vale do Rio Cuiabá	9	2	-	-	-	-	-	1	2	1	2	1
Núcleo Metropolitano	9	2	-	-	-	-	-	1	2	1	2	1

Cuiabá	6	2	-	-	-	-	-	-	1	-	2	1
Entorno Metropolitano	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Goiás	72	12	8	8	4	5	7	6	1	5	6	5
RM Goiânia	44	9	3	6	3	2	4	4	1	4	2	4
Goiânia	43	9	3	6	2	2	4	4	1	4	2	4
Distrito Federal	68	4	3	5	1	7	4	2	7	5	11	9
RIDE da Grande Teresina	1	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-
RIDE do Pólo Petrolina/PE e Juazeiro/Ba	3	-	-	-	-	-	-	1	1	-	1	-
RIDE do Distrito Federal e Entorno	75	6	4	5	1	7	6	2	7	5	12	9

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2014.

linos -

Dezem- bro

306

12

2

1

-

-

2

2

2

-

-

-

-

-

7

4

4

-

1

1

-

-

-

-

-

57

7

2

1

3

-

-

19

-

2

1

2

-

-

7

1

-

-

4
-
-
-
1
-
-
-
-
-
-
12
4
1
-
-
-
-
-
-
-
-
-
-
-
-
-
10
-
-
-
2
2
161
24
8
7
2
1
2
1
1
7
5
-
31
24
7
99
4
5
58
48
8
7

3	
2	
1	
-	
1	
56	
17	
12	
10	
1	
1	
-	
27	
1	
-	
1	
2	
1	
1	
4	
3	
1	
1	
1	
-	
1	
11	
11	
4	
-	
-	
-	
2	
1	
1	
2	
1	
2	
1	
1	
1	
1	
-	
12	
5	
4	
-	
20	
5	
2	
-	
-	
-	

-
-
5
2
2
10

-
-
11
